

STAATSAUFSICHTLICHE MITWIRKUNG
AN GEMEINDLICHER RECHTSETZUNG

Heinz Huther

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

STAATSAUFSICHTLICHE MITWIRKUNG
AN GEMEINDLICHER RECHTSETZUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Heinz Huther

München 1964

Referent:

Professor Dr. S. GRUNDMANN

Korreferent:

Privatdozent Dr. R. HERZOG

Tag der mündlichen Prüfung: 28. 7. 1964



Herrn Professor Dr. S. GRUNDMANN möchte ich für
die Überlassung der Arbeit und für seine Beratung bei
der Ausführung derselben danken.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
I. Abschnitt: Allgemeine Einführung in das Problem	1
1. Einleitung	1
2. Die Problematik staatsaufsichtlicher Mitwirkung an der Rechtsetzung der Selbstverwaltungskörperschaften, insbesondere der Gemeinden	2
II. Abschnitt: Hauptfälle staatsaufsichtlicher Mitwirkung an kommunaler Rechtsetzung und jeweiliger Stand der Meinungen	5
1. Überblick über die kommunale Rechtsetzung	5
2. Staatsaufsichtliche Mitwirkung an Gemeindesatzungen des eigenen Wirkungskreises:	6
a) Die Genehmigung eines gemeindlichen Bebauungsplanes nach § 11 BBauG	6
b) Die Genehmigungen sonstiger Satzungen des eigenen Wirkungskreises	7
3. Die Genehmigung von Gemeindesatzungen des übertragenen Wirkungskreises	11
4. Staatsaufsichtliche Mitwirkung an der Schaffung gemeindlicher Verordnungen	13
Anhang zu Abschnitt II: Staatliche Mitwirkung an der Rechtsetzung sonstiger Selbstverwaltungskörperschaften	20
III. Abschnitt: Exkurs zur Lösungsmethode	25
1. Methodische Unzulänglichkeit der bisherigen Lösungsversuche	25
2. Der Übergang von der abstrahierenden zur typisierenden Methode und deren Anwendung auf unseren Fall	31
IV. Abschnitt: Die "Typenreihe" der staatsaufsichtlichen Mitwirkungsakte	37
1. Die Genehmigung eines gemeindlichen Bebauungsplanes	37
2. Die Genehmigung sonstiger Satzungen des eigenen Wirkungskreises	42
3. Die Genehmigung von Satzungen des übertragenen Wirkungskreises	46
4. Die Vollziehbarkeitserklärung gemeindlicher Verordnungen	47

V. Abschnitt: Fragen des Rechtsschutzes	56
1. Dogmatische Eingliederung dieser Akte in das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	56
2. Für den Problemkreis typische Streitfälle	60
a) Rechtsschutzbegehren von Dritten	60
b) Rechtsschutzbegehren der betroffenen Gemeinde:	62
aa) Die Genehmigung von Satzungen	62
bb) Die Vollziehbarkeitserklärung	64

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Auflage
a. A.....	anderer Ansicht
a. a. o.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
Abs.....	Absatz
AGVwGO	Bayerisches Gesetz zur Ausführung der Verwaltungs- gerichtsordnung vom 28. November 1960, GVBl. S. 266
Anm.....	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.....	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AVLStVG	Verordnung zur Ausführung des Landesstraß- und Ver- ordnungsgesetzes vom 19. November 1956, in der Fassung vom 19. Dezember 1960, GVBl. S. 312
BayBauO	Bayerische Bauordnung vom 1. August 1962, GVBl. S. 179
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayGemZtg	Bayerische Gemeindezeitung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayWG	Bayerisches Wassergesetz vom 26. Juli 1962, GVBl. S. 143
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, BGBl. I, S. 341
Bd.....	Band
BerlVerwVerfG.....	Berlin. Verwaltungsverfahrensgesetz vom 2. Oktober 1958, GVBl. 951
Beschl	Beschluß
BGBl	Bundesgesetzblatt
BzO	Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, vom 27. Juli 1953, BayBS I, S. 529
BGH.....	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BV	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, BayBS I, S. 3
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, BGBl I, S. 243

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Nord- deutschen Bund vom 31. Mai 1870, zum Reichsge- setz erklärt durch Gesetz vom 16. April 1871, RGBl S. 63
Entsch	Entscheidung
Erl	Erläuterung
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, RGBl S. 771
Fußn	Fußnote
GAG	Gemeindeabgabengesetz vom 20. Juli 1938, BayBS I, S. 553
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung vom 26. Juli 1900, RGBl S. 871
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl S. 1
GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. Januar 1952, BayBS I, S. 461
GVBL	Gesetz- und Verordnungsblatt
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksord- nung) vom 17. September 1953, BGBl I, S. 1411
HdbDSr	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma, Bd. I, 1930, Bd. II, 1932
h. L	herrschende Lehre
IntZfTR	Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung
LKRÖ	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern vom 16. Februar 1952, BayBS I, S. 515
LSIVG	Bayerisches Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Landesstraf- und Verordnungs- gesetz) vom 17. November 1956, BayBS I, S. 327
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO Nr. 165	Militärregierungs- Verordnung Nr. 165 für die briti- sche Zone

NatSchG	Reichsnaturschutzgesetz vom 26. Juni 1935, RGBI I, S. 821
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952, BGBI I, S. 177
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PStGB	Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dezember 1871, BayBS I, S. 341
Rdnr.	Randnummer
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
Sen	Senat
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, RGBI S. 127, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1953, BGBI I, S. 1083, ber. 1954 I, S. 33
Urt	Urteil
VA	Verwaltungsakt
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von Bauer-Ziegler
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanisch besetzte Zone von 1946/47
VGG Rheinl. -Pf.	Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz v. 14.4.1950
VGH	Verwaltungsgerichtshof, Wenn sich aus der Zitierweise nichts anderes ergibt, ist der Bayerische Verwaltungsgerichtshof gemeint.
VGH n.F.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, neue Folge ab 1946
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, zitiert nach Nr. des Heftes und Seite
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, BGBI I, S. 17
VZE	Vollziehbarkeitserklärung nach Art. 54 LStVG
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, RGBI S. 83, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950, BGBI S. 533

Im übrigen werden die allgemein üblichen Abkürzungen verwendet

LITERATURVERZEICHNIS

- Arndt, Adolf Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, S. 1273 ff.
- Baade, Hans W. Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der Auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg, 1962.
- Bachof, Otto Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festgabe für Laforet, München, 1952, S. 285 ff.
- Badura, Peter Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561 ff.
- Beck, Karl Die Aufstellung eines Bebauungsplanes, BayVBl 1962, S. 229 ff.
- Beer, Manfred Rechtsschutz der Gemeinden gegen Widerspruchsbescheide der Fachaufsichtsbehörden, BayVBl 1962, S. 307 ff.
- Bender, Bernd Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Auslegung, MDR 1959, S. 441.
- Bengl, Karl Bengl-Berner-Emmerig, Kommentar zum Bayerischen Landesstraß- und Verordnungsgesetz, 2. A., München, 1957.
- Berner, Georg s. Bengl, Karl
- Bettermann, Karl August Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, S. 649 ff.
- Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, S. 1081 ff.
- Gewerberechtliche Nachbarklage?, NJW 1961, S. 1097 ff.
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1963.
- Bock, Ingeborg Die Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen, BayVBl 1962, S. 369 ff.
- Boehmer, Gustav Das Problem der Brautkinder im deutschen und schweizerischen Recht, NJW 1963, S. 1945 ff.

- Boor, Hans Otto de Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, Berlin, 1934.
- Bouska, Wolfgang Die Rechtsnatur der durch amtliche Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen, BayVBl 1963, S. 39.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang
Gesetz und Gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin, 1958.
- Böhm, Anton Fragen des Anbaus an Bundesfernstraßen, DÖV 1958, S. 72 f.
- Brück, F. Verwaltungsrecht und Prozeßrecht (Probleme der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage), NJW 1960, S. 2271 ff.
- Czermak, Fritz
Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe, NJW 1961, S. 1905.
Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1962, S. 776.
Anm. zu der Entsch. des VGH Kassel vom 19.7.1961, NJW 1962, S. 832.
Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß beim Zusammenwirken mehrerer Behörden, NJW 1963, S. 703 f.
- De Clerck, Hans s. Schunck, Egon
- Dennewitz, Bodo Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Redakt.: B. Dennewitz, fortgeführt von Wernicke, Georg; Hamburg, seit 1954.
- Dörffler, Wolfgang Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, S. 14 ff.
- Drews, Bill Drews- Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. A., Berlin, Köln, München, Bonn, 1961.
- Dürig, Günter s. Maunz, Theodor.
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960.
- Emge, Carl August Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt/Main, Wien, 1955.

- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 1953.
- Einführung in das juristische Denken, 2. A., Stuttgart, 1959.
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956.
- Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Karlsruhe, 1960.
- Eyermann, Erich Eyermann-Fröhler, Handwerksordnung, München und Berlin, 1953.
- Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 11. A. des Kommentars von Landmann-Rohmer, München und Berlin, 1956.
- Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. A., München und Berlin, 1962.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen, 1928.
- Forsthoff, Ernst Über Maßnahmegesetze, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221 ff.
- Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht, DVBl 1957, S. 113.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 8. A., München und Berlin, 1961.
- Friauf, Heinrich Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1962, S. 422 f.
- Frischmann, Otto Frischmann-Weingart, Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte, DÖV 1962, S. 721.
- Frohberg, Günther s. Schulz, Walter.
- Fröhler, Ludwig Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München und Berlin, 1957.
- s. ferner Eyermann, Erich.
- Fuhr, Eberhard Kommentar zur Gewerbeordnung, Neuwied, 1960 ff.

- Furtner, Georg Die Beschwerdeberechtigung im Verfahren nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, JZ 1961, S. 526 ff.
- Gönnenwein, Otto Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, S. 511 ff.
Gemeinderecht, Tübingen, 1963.
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich, 1960.
- Graf, Roland Das Verfahren beim Erlaß von Rechtsverordnungen auf Grund des Wassergesetzes und der Bauordnung, BayVBl 1963, S. 11 ff.
- Grauvogel, Gustav Zentral- und Randprobleme zur Rechtsnatur gemeindlicher Bebauungspläne und zur Revisibilität dieser Fragen, DVBl 1958, S. 73 ff.
Brügelmann-Grauvogel-Oedekoven-Forster-Kopp-Pohl-Stahnke, Kommentar zum Bundesbaugesetz, Stuttgart, 1. - 7. Lieferung, Dezember 1962.
- Groebe, Klaus Erneuerung des Landesstrafrechts, Rechtsbereinigung und Stärkung der Selbstverwaltung in Bayern, DVBl 1957, S. 157 f
- Hamann, Andreas Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, Heidelberg, 1958.
Das Grundgesetz, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. A., Neuwied, 1961.
- Hausen, Heinz von von Hausen- von der Heide, Bundesbaugesetz, Kommentar, München, 1961.
- Heide, Hans Jürgen von, und Hans von s. Hausen, Heinz von.
- Heinze, Christian Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 159 ff, 275 ff.
- Heitzer, Sebastian Heitzer-Oestreicher, Bundesbaugesetz, Berlin, 1962.
- Helmreich, Karl Helmreich-Widtmann, Gemeindeordnung, 2. A. München, 1959.

- Henke, Wilhelm Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes. Stuttgart, 1957.
- Herrfahrdt, Heinrich Bonner Kommentar, s. Dennewitz, Bodo.
- Herzog, Roman Neue Wege der Normenkontrolle, BayVBl 1959, S. 276 f.
- Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl 1961, S. 368 ff.
- Hoffmann, Egon Wirtschaftsverwaltungsrecht, in M. von Brauchitschs "Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder", Bd. VIII, Halbbd. 1, neu herausgegeben von C.H. Ule, Bonn, München, 1963.
- Hoffmann, Horst Vorbeugende Klagen im Verwaltungsprozeß?, BayVBl 1962, S. 72 ff, 101 ff.
- Hohenester, Hermann Die Verbindlichkeit der an Straßeneinstellen angebrachten Gebots- und Verbotszeichen, NJW 1961, S. 1613.
- Hölzl, Josef Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 4. A., München, 1963.
- Imboden, Max Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, Festgabe für Z. Giacometti, Zürich, 1953, S. 89 ff.
- Montesquieu und die Lehre von der Gewaltenteilung, Berlin, 1959.
- Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL H. 18, S. 113 ff.
- Ingenstam, Heinz s. Knaup, Hans.
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung, Freiburg, 1887.
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. A., Tübingen, 1905.
- Allgemeine Staatslehre, 3. A., 7. Neudruck, Darmstadt, 1960.
- Jellinek, Walter Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen, 1913.

- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung, Tübingen, 1961.
 Der Gemeindegebrauch, JuS 1963, S. 213.
- Kääh, Artur Kääh-Rösch, Bayerisches Landesstraß- und Verordnungs-
 gesetz, München und Berlin, 1958; hierzu Ergänzungs-
 band, München und Berlin, Stand vom 1.4.1961.
- Klein, Friedrich Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfas-
 sungsrecht, in "Die Übertragung rechtsetzender Ge-
 walt im Rechtsstaat", Frankfurt/Main, 1952, S. 45 ff.
 Die Übertragung des Verordnungsrechts nach deut-
 schem Verfassungsrecht, in "Recht, Staat, Wirtschaft",
 Bd. 4, Düsseldorf, 1953, S. 171 ff.
 s. ferner v. Mangoldt, Hermann.
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Göttin-
 gen, 1960.
- Knap, Hans Knap-Ingenstam, Bundesbaugesetz mit Kommentar,
 2. A., Düsseldorf, 1961.
- Koch, Hans Bayerische Bauordnung, 3. A., München, 1963.
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt/
 Main, 1960.
- Kohlhaas, Max Anm. zu der Entsch. des Bayerischen Obersten Landes-
 gerichtes vom 24.5.1962, NJW 1962, S. 1687.
- König, Hans-Günther Die bayerische Gemeinde als Ordnungsgeber,
 DÖV 1962, S. 881 f.
 Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern,
 in M. v. Brauchitschs "Verwaltungsgesetze des Bundes
 und der Länder", neu herausgegeben von C.H. Ule,
 Bd. III, 2. Halbbd., Köln, Berlin, Bonn, München,
 1962.
- Köttgen, Arnold Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz,
 DVBl 1955, S. 445 ff.
- Kratzer, Jakob Anm. zum Urt. des BVerwGs vom 10.7.1958,
 BayVBl 1958, S. 88.
 Die Gewaltentrennung in Bayern, BayVBl 1962,
 S. 293 ff.

- Kraus, Erwin s. Turegg, Egon von.
- Krüger, Hildegard Die Verfassungswidrigkeit der lex Schörner, DVBl 1955, S. 758 f, 791 f.
- Laforet, Wilhelm Zur Frage der Staatsaufsicht nach neuerem bayerischen Gemeinderecht, Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, 1929, München, Berlin, Leipzig, S. 141 ff.
Deutsches Verwaltungsrecht, München, 1937.
- Landmann, Heinz Landmann-Giers-Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., Düsseldorf, 1960.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960.
- Lepper, Manfred Die verfassungsrechtliche Stellung der militärischen Streitkräfte im gewaltenteilenden Rechtsstaat, Bielefeld, 1962.
- Lerche, Peter Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 1954, S. 712 f.
Grundrechtsbegrenzungen durch "Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes, DVBl 1958, S. 524 ff.
Staatslexikon (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 6. A., Freiburg, 1957 ff, 3. Bd. 1959, Art. Ermessen, S. 12 ff.
Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn, 1961.
- Leusser, Klaus s. Nawiasky, Hans
- Liesner, Ernst Zuständigkeitsfragen bei der Genehmigung kommunaler Satzungen, BayVBl 1963, S. 277 f.
- Loewenstein, Karl Verfassungslehre, Tübingen, 1959.
- Lohr, Valentin Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart, 1963.
- Mang, Johann Zustimmung zum Anbau an Bundesfernstraßen, BayVBl 1959, S. 82.
Die neue Bayerische Bauordnung, BayVBl 1962, S. 263 f.

- Mang, Johann Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, München, 1962.
- Mang-Simon, Bayerische Bauordnung, München, Stand Nov. 1962.
- Mangoldt, Hermann von v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. A., Berlin und Frankfurt/Main, seit 1955.
- Masson, Christoph Anm. zu der Entsch. des VGH vom 19.7.1960, BayVBl 1960, S. 290.
- Bayerische Kommunalgesetze, 2. A., München, 1961.
- Rechtsschutz der Gemeinden gegen Widerspruchsbe-
scheide der Fachaufsichtsbehörden, BayVBl 1962,
S. 311 ff.
- Anm. zum Urt. des BVerwGs vom 14.5.1963,
BayVBl 1963, S. 285.
- Maunz, Theodor Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München
und Berlin, 1. -6. Lieferung, Stand November 1962
- s. ferner Mang, Johann.
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. A.,
Karlsruhe, 1959.
- Mayer, Franz Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, München,
1959. (Sonderdruck des VI. Abschnitts der Abhandlung
desselben Verfassers "Die Eigenständigkeit des bayeri-
schen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Poli-
zeirecht", München, 1958).
- Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Er-
mächtigung, Festschrift für Hermann Nottarp, Karls-
ruhe, 1961, S. 187 f.
- Der Gemeindegebrauch, JuS 1963, S. 205 ff.
- s. ferner Mang, Johann.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. A.,
München, 1924.
- Meikel, Georg Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, 5. A., bear-
beitet von Wilhelm Imhof und Hermann Riedel, Bd. I,
Berlin, 1957.

Menger, Christian-Friedrich

Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL
H. 15, 1957, S. 3 ff.

Anm. zum Ur. des BVerwGs vom 13.1.1961,
DVBl 1961, S. 408.

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungs-
recht, VerwArch Bd. 51 (1960), S. 373 ff; Bd. 52
(1961), S. 305 ff., 410 ff.

Menzel, Eberhard

Lehrbuch des Völkerrechts, München und Berlin,
1962.

Merk, Wilhelm

Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., Berlin, 1962.

Diskussionsbeitrag, VVDStRL H. 18, 1960, S. 178.

Mörtel, Georg

Grenzfälle des Verwaltungsakts, BayVBl 1956,
S. 321 ff, 362 ff; 1957, S. 10, 45 ff.

Rechtsnatur der Vollziehbarkeitserklärung kommuna-
ler Verordnungen, BayVBl 1960, S. 236.

Staatliche Ersatzvornahme bei kommunalen Verord-
nungen, BayVBl 1961, S. 74 ff.

Beanstandung und Aufhebung kommunaler Verord-
nungen nach Art. 57 LStVG, BayVBl 1961, S. 241.

Auswirkungen der verwandelten Generalklausel auf
Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in
"Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung",
Bd. 13 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer,
Berlin, 1962, S. 137 ff.

Nawiaskey, Hans

Bayerisches Verfassungsrecht, München, 1923.

Nawiaskey-Leusser, Die Verfassung des Freistaates
Bayern, München, Berlin, 1948.

Obermayer, Klaus

Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt,
Stuttgart, München, Hannover, 1956.

Anm. zu der Entsch. des VGH vom 20.1.1956,
BayVBl 1956, S. 121 f.

Anm. zu der Entsch. des BVerwGs vom 3.5.1956,
NJW 1956, S. 1849 f.

- Obermayer, Klaus Anm. zum Urt. des OVG Lüneburg, vom 10.1.1957, DVBl 1958, S. 140.
- Über die Rechtsnatur und Anfechtbarkeit kommunaler Gebiets- und Statusänderungen, BayVBl 1958, S. 69 ff.
- Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL H. 18, 1960, S. 144 ff.
- Die staatsaufsichtlichen Rechtsakte gegenüber den Gemeinden (Vorabdruck aus Mang-Maunz-Mayer-Obermayer), BayVBl 1962, S. 39 ff.
- Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 1963, S. 110 ff.
- Das Verhaltenserlassen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963, S. 1177 ff.
- s. Ferner Mang, Johann.
- Oestreicher, Ernst s. Heitzer, Sebastian.
- Peters, Hans Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln, 1954.
- Pfeifer, Herbert Verpflichtungsklage bei Ermessensakten?, DÖV 1962, S. 776 ff.
- Pfeiffer, Gerd Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen, 1959.
- Pohle, Rudolf Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent, München und Berlin, 1957, S. 195 ff.
- Radbruch, Gustav Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, IntZfThdR 12 (1938), S. 46 ff.
- Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für R. Laun, Hamburg, 1948, S. 157 ff.
- Der Geist des englischen Rechts, 4. A., Göttingen, 1956.
- Reuß, Hermann Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl 1959, S. 533 ff.
- Rohlfing, Theodor Rohlfing-Kiskalt-Wolf, Gewerbeordnung, 2. A., 1. Aufl., von Karl Wolf und Hans Kiskalt, Berlin und Frankfurt/Main, 1958.

- Rösch, Walther s. Kääb, Artur.
- Ruckdäschel, Oskar Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, S. 675.
- Rupp, Hans Heinrich Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AÖR Bd. 85 (1960), S. 149 ff, 301 ff.
- Salzwedel, Jürgen Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, Archiv für Kommunalwissenschaften 1 (1961), S. 133 f.
- Samper, Rudolf Das neue Bayerische Wassergesetz, BayVBl 1962, S. 339 f.
- Sauer, Wilhelm Juristische Methodenlehre, Stuttgart, 1940.
- Sax, Walter Über Rechtsbegriffe, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe, 1961, S. 133 f.
- Schäfer, Walter Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl 1960, S. 837 f.
- Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigten Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl 1962, S. 844 f.
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung, Festschrift für Smend, Göttingen, 1952, S. 253 ff.
- Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, Festgabe für Smend, Tübingen, 1962, S. 225 ff.
- Schiedermaier, Rudolf Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin, 1961.
- Schischkoff, Georgi s. Schmidt, Heinrich
- Schmidt, Heinrich Schmidt-Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, 15. A., Stuttgart, 1960.
- Schmitt, Carl Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL H. 1, 1924, S. 63 ff.
- Verfassungslehre, Berlin und Leipzig, 1928, Neudruck 1957.

- Schmitt, Walter Kommunale Verordnungen und staatliche Aufsicht, BayVBl 1959, S. 401.
- Schneider, Hans Über Einzelfallgesetze, Festschrift für C. Schmitt, Berlin, 1959, S. 159 ff.
- Schotthöfer, Kurt Die Naturschutz-Anordnungen und ihr Verhältnis zum Landesstraß- und Verordnungsgesetz, BayVBl 1957, S. 241 f.
- Schrödter, Hans Das Zusammenwirken der Behörden im Baugenehmigungsverfahren, DVBl 1962, S. 743 f.
- Schunck, Egon Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg, 1961.
- Schulz, Walter Schulz-Frohberg, Kommentar zum Bundesbaugesetz, 2. A., Darmstadt, 1962.
- Seiwerth, Jakob Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin, 1962.
- Sening, Christoph Die Rechtsnatur der Anordnungen nach dem Naturschutzgesetz, BayVBl 1963, S. 301 ff.
- Simon, Alfons Die neue Bayerische Bauordnung, BayVBl 1962, S. 302 f.
s. ferner Mang, Johann.
- Spanner, Hans Grundsätzliche Fragen des Ordnungsrechts, BayVBl 1962, S. 225 ff.
- Süsterhenn, Adolf Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, Festgabe für Nawiasky, München, 1956, S. 141.
- Thoma, Richard Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Tübingen, 1906.
HdbDStR Bd. II, Tübingen, 1932.
- Triepel, Heinrich Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart, Berlin, 1942.
- Turegg, Egon von Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. A., Berlin, 1962.

- Ule, Carl Hermann Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, S. 309 ff.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, in M. von Brauchitschs "Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder", neu herausgegeben von C.H. Ule, Bd. I, 2. Halbbd., 2. A., Köln, Berlin, München, Bonn, 1962.
- Verwaltungsprozeßrecht, 3. A., München und Berlin, 1963.
- Volkmar, Dieter Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin, 1962.
- Wacke, Gerhard s. Drews, Bill.
- Wehrhahn, Herbert Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL H. 15, 1957, S. 35 ff.
- Wehrmann, Albert Zwei Jahre Bayerisches Kammergesetz, BayVBl 1959, S. 393.
- Weingart, Olaf s. Frischmann, Otto.
- Wernicke, Georg Bonner Kommentar s. Dennewitz, Bodo.
- Widtmann, Julius s. Helmreich, Karl.
- Winkelmann, Rudolf Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 80 Grundgesetz, NJW 1959, S. 961 ff.
- Wolff, Bernhard Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78 (1953), S. 194 f.
- Wolff, Hans J. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S. 195 f.
- Verwaltungsrecht I, 5. A., München und Berlin, 1963.
- Verwaltungsrecht II, München und Berlin, 1963.
- Zeidler, Karl Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, Karlsruhe, 1961.
- Zippelius, Reinhold Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München und Berlin, 1962.
-
- ohne Verfasser: Strukturwandel im kommunalen Wirkungsbereich, BayGemZtg 1952, Nr. 5, S. 1.

I. ABSCHNITT:

ALLGEMEINE EINFÜHRUNG IN DAS PROBLEM

1. EINLEITUNG

In den Rechtsordnungen, die sich, wie das deutsche Recht, weniger am einzelnen Problem als an einem möglichst umfassenden Rechtssystem orientieren,¹⁾ die gewissermaßen von einem "System sinnvoll miteinander verbundener leitender Rechtsprinzipien und Begriffe" ausgehen,²⁾ ergeben sich die schwierigsten, aber auch die interessantesten Fragen an den Stellen, an denen das hergebrachte Begriffsschema nicht oder nicht mehr ausreicht, die Fülle der Erscheinungen des Rechtslebens zu erfassen. Besonders häufig stehen wir vor dieser Situation im öffentlichen Recht, was wohl darauf zurückzuführen ist, daß man dort im großen und ganzen immer noch mit dem Begriffsapparat des um die Jahrhundertwende entstandenen "klassischen" Staats- und Verwaltungsrechtes arbeitet,³⁾ der ziemlich unverändert aus der konstitutionellen Monarchie in die parlamentarische Demokratie sowohl der Weimarer Reichsverfassung wie des Bonner Grundgesetzes übernommen wurde.⁴⁾

So bereitet es z.B. der Verwaltungsrechtswissenschaft immer wieder besondere Schwierigkeiten, anhand der überkommenen Systematik Verwaltungsakt (VA) und Rechtsnorm mit hinreichender Genauigkeit voneinander abzugrenzen. Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage sind unüberschaubar.⁵⁾ Eine ausführliche Monogra-

1) vgl. hierzu de Boor, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, 1934, S. 6 ff, 13 f; Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 4. A., 1956, insbes. S. 33 f; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, insbes. S. 1, 141, 218 ff; Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 79 ff; Arndt, NJW 1963, S. 1273 ff, 1277.

2) vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 135; über Wert und Grenzen der Systembildung: Emge, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1955, S. 378.

3) Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, Vorwort, S. 3, 5 f.

4) Bezüglich der Gründe hierfür vgl. Jesch, a.a.O., S. 7; Scheuner in Smend-Festschrift, 1952, S. 253 und in Smend-Festgabe, 1962, S. 225 ff.

5) vgl. vorläufig: Mörtel, Grenzfälle des Verwaltungsaktes, BayVBl 1956, S. 221, 362 ff; 1957, S. 10, 45 ff; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 74 ff; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, 1. Bd., Allg. Teil, 8. A., 1961, S. 185 f; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 5. A., 1963, § 46, VI; Urt. d. BVerwGs vom 3.5.1956, NJW 1956, S. 1849 und vom 24.8.1956, BayVBl 1956, S. 311 f.

philosophie ihrer jüngster Zeit VOLKMAR gewidmet.⁶⁾ Diese Begriffe sind an und für sich all einander gegenüberstehende Gegensätze gedacht,⁷⁾ und doch lassen sich zahlreiche Erscheinungen des Verwaltungsrechts nur schwer eindeutig unter einen von ihnen subsumieren. Beistritten ist, daß für die Verwaltungsmultiple die beiden die Rechtsmaterie der Allgemeinverfügung mit⁸⁾ der Verwaltungsakte,⁹⁾ der Straßensatzung und weiteren¹⁰⁾ den Verordnungen,¹¹⁾ der Verwaltungsentscheidungen¹²⁾ Pläne aller Art. Man kann geradezu von einem "Zwischenbereich" zwischen Rechtsnorm und VA sprechen, dessen Existenz die Verwirrung nahe liegt, daß das Schema an dieser Stelle brüchig geworden ist.

2. DIE PROBLEMATIK STAATSAUFERLICHTLICHER MITWIRKUNG AN DER RECHTSETZUNG DER SELBSTVERWALTUNGSKÖRPERSCHAFTEN

In diesem Zwischenbereich finden sich auch die Anordnungen zur Mitwirkung an der Rechtsetzung der Selbstverwaltungsorgane. Man versteht darunter die Genehmigungen oder Erlaubnisse statt über Auftragsbescheide, die den Satzungen der Selbstverwaltungsorgane, sowie die Befugnisse der Satzungen (VZE) von Gemeinde-, Kreis- und Landesverordnungen¹³⁾ nach dem Landes- Landesstraf- und Verwaltungsrecht (LSV), die VZE der Landes- und Wirtschaft dieser Rechtsetzungskräfte sind. Ohne sie wird die betreffende Satzung oder Verordnung nicht rechtswirksam.¹⁴⁾

6) Dieter Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962.

7) vgl. das ähnliche Absehn H. 1 und 100, Satz. Gesetz H. 1 und Staatsaufsicht 1961, S. 101.

8) Forsthoff, a.a.O., S. 184; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. A., 1962, § 42, Anm. IV 2c, S. 148; Mehl, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. 20., 1962, S. 19 f. W. Volkmar, Gesetz, Gesetz Anwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 139 ff stellt darauf ab, ob der Adressat konkret oder nach allgemeinen Merkmalen bestimmt ist; vgl. ferner Volkmar, a.a.O., S. 165 ff.

9) Forsthoff, a.a.O., S. 180, Anm. 10 f. (Erlaubnis) vgl. Volkmar, a.a.O., S. 176 ff; Hohenester, NJW 1961, S. 1613; Bouska, BayVBl 1963, S. 39.

10) vgl. dazu f. Mehl und Ule, Verwaltungsrecht, 1962, S. 200 ff. 201.

11) Imboden und Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL H. 18, 1960, S. 113 ff, 144 ff; Forsthoff, a.a.O., S. 185 f, anders noch 7. A.; Ule, a.a.O., § 42, Anm. IV 2c, S. 150.

12) Entsch. des 1. VerGH vom 13.10.1951, GVBl 1952, S. 1; ferner VGH n.F. Bd. 5, S. 36, 220 ff.

Die Einordnung dieser Akte in das System der rechtlich relevanten Staatsakte ist, wie noch näher auszuführen sein wird, äußerst bestritten. Sie schwankt vom bloßen VA,¹³⁾ - dabei gelegentlich als "Grenzfall des VAs" gekennzeichnet,¹⁴⁾ - bis zum "integrierenden Bestandteil eines Rechtsetzungsverfahrens" und damit zum ausschließlichen Rechtsetzungsakt.¹⁵⁾ Eine weitere Ansicht begnügt sich damit, diesen Akten nach erfolgreicher Subsumierung sowohl unter die Tatbestandsmerkmale des VAs als auch des Rechtsetzungsaktes eine Doppelnatur zuzuschreiben.¹⁶⁾ Gegenüber der betroffenen Selbstverwaltungskörperschaft liege ein VA, gegenüber der Allgemeinheit aber ein Rechtsetzungsakt vor. Eine differenzierende Behandlung verschiedener Gruppen von Genehmigungsvorbehalten schlägt SALZ-WEDEL vor.¹⁷⁾ Nur andeutungsweise wurde dagegen in der bisherigen Diskussion auch die Meinung vertreten, es könne sich bei diesen Akten um ein "weder-noch", ein aliud handeln, d.h., um Rechtsinstitute eigener Art, die bisher nur noch nicht mit der notwendigen dogmatischen Klarheit erfaßt wurden.¹⁸⁾ Der Schwerpunkt des Meinungsstreits liegt dabei, der praktischen Bedeutung entsprechend, auf den Mitwirkungsakten an gemeindlicher Rechtsetzung. Daher soll nun im folgenden versucht werden, zum Problem der Rechtsnatur dieser Mitwirkungsakte insbesondere an kommunaler Rechtsetzung nach Darstellung der wichtigsten Fälle und des jeweiligen Meinungsstandes eine eigene Lösung zu entwickeln, die nicht nur auf methodisch vertretbare Weise gewonnen ist, sondern auch in der praktischen Anwendung, vor allem in der Frage des Rechtsschutzes, zu brauchbaren Ergebnissen führt.

Die Erörterungen sind am bayerischen Gemeinderecht orientiert, doch dürften sich die erzielten Ergebnisse im großen und ganzen auch für das Gemeinderecht

13. Insbesondere hinsichtlich der Genehmigung gemeindlicher Bebauungspläne, vgl. unten Abschnitt II, 2a.

14) vgl. den Aufs. von Mörtel, BayVBl 1956, S. 362, 365.

15) vgl. das Urt. des VI. Sen. des VGH vom 19.7.1960, BayVBl 1960, S. 289.

16) So vor allem Obermayer, a.a.O., S. 142; BayVBl 1962, S. 40 ff; und in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, S. 275.

17) Archiv für Kommunalwissenschaften 1 (1962), S. 203 f, 215 ff. Salzwedel unterscheidet drei Gruppen von Genehmigungsvorbehalten. Deren erste soll nur eine präventive Gesetzmäßigkeitskontrolle eröffnen, bei der zweiten Gruppe werde eine Zweckmäßigkeitskontrolle von Selbstverwaltungsakten daraufhin eröffnet, ob diese vom Eigeninteresse des Selbstverwaltungsträgers her bestimmten Bedenken unterliegen, und bei der dritten Gruppe sei der Genehmigungsbehörde gestattet, bestimmte staatliche Interessen gegenüber dem Eigeninteresse des Selbstverwaltungsträgers zur Geltung zu bringen.

18) Mörtel, BayVBl 1956, S. 366, bei Fußn. 25.

der übrigen Bundesländer vertreten lassen,^{18a)} mit Ausnahme der Besonderheiten, die sich im bayerischen Gemeinderecht aus der eigenartigen Stellung des übertragenen Wirkungskreises ergeben.¹⁹⁾ Die Ausführungen über die VZE nach Art. 54 LStVG haben naturgemäß nur für das bayerische Verwaltungsrecht Bedeutung.

18a) Zur Rechtsetzungsbefugnis der außerbayerischen Gemeinden vgl. Badura, DÖV 1963, S. 561 ff und Gönnerwein, Gemeinderecht, 1963, S. 143 ff.

19) Vgl. dazu unten S. 17 Anm. 104, und S. 46 f.

II. ABSCHNITT:

HAUPTFÄLLE STAATSAUFSICHTLICHER MITWIRKUNG AN KOMMUNALER RECHTSETZUNG UND JEWEILIGER STAND DER MEINUNGEN

1. ÜBERBLICK ÜBER DIE KOMMUNALE RECHTSETZUNG

Kommunale Rechtsetzung ist stets, im Sinne einer Rangordnung der Rechtsquellen,²⁰⁾ "untergesetzliche" Rechtsetzung, also Schaffung von autonomen Satzungen oder Rechtsverordnungen. Während es sich bei dem Ordnungsrecht ganz unbestritten um die Ausübung einer delegierten staatlichen Rechtsetzungsgewalt handelt, ist das Wesen der Autonomie (= Satzungsgewalt) umstritten.²¹⁾ Zum Teil wird die Ansicht vertreten, sie sei eine "originäre" oder "ursprüngliche" Rechtsetzungsgewalt.²²⁾ Die überwiegende Meinung freilich geht dahin, auch die Autonomie sei eine vom Staat abgeleitete Rechtsetzungsgewalt.²³⁾ Eine vermittelnde Auffassung vertritt H.J. WOLFF, der die Autonomie nicht aus einer Delegation, sondern aus einer zwar vom Staat eingeräumten, aber doch eigenen Rechtsetzungsgewalt ableitet.²⁴⁾

Vom Standpunkt des bayerischen Kommunalrechts aus empfiehlt sich eine Einteilung der kommunalen Rechtsetzung danach, ob es sich um Angelegenheiten des eigenen oder des übertragenen Wirkungskreises handelt.²⁵⁾ Im folgenden wird

20) Merk, a.a.O., S. 289 ff, 292.

21) Sie darf nicht mit der Privatautonomie des bürgerlichen Rechts verwechselt werden, vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 420.

22) Insbesondere von Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., 1928, S. 78; einen gewissen positivrechtlichen Anhalt findet diese Lehre in der Formulierung von Art. 11, Abs. 2, S. 1 BV, Art. 1, S. 1 GO, die Gemeinden seien "ursprüngliche" Gebietskörperschaften; vgl. hierzu die Entsch. des BayVerfGH vom 23.12.1957, GVBl 1958, S. 13, 17/18; ferner Süsterhenn in Festgabe für Nawiasky, 1956, S. 141 und Imboden in Festgabe für Giacometti, 1953, S. 89, 98 f.

23) Entsch. des BVerfGs vom 18.12.1951, BVerfGE 1, 91, 94; Forsthoff, a.a.O., S. 129 f; Hamann, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, 1958, S. 17 f, 21; Badura, DÖV 1963, S. 561 ff; BadVGH DÖV 1957, S. 307. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19, Abs. 3, Rdnr. 3, d) cc), bei Fußn. 2.

24) a.a.O., § 25, IX, a); vgl. ferner Urt. des BVerwGs vom 7.3.1958, BVerwGE 6, 247.

25) Zur Unterscheidung der Wirkungskreise s. Helmreich-Widmann, Gemeindeordnung, 2. A., 1959, Art. 6, Anm. 2.

also die Aufstellung von Satzungen beider Wirkungskreise zu besprechen sein. Gemeindliche Rechtverordnungen gehören stets dem übertragene[n] Wirkungskreis an.²⁶⁾

2. STAATSAUFSICHTLICHE MITWIRKUNG AN GEMEINDESATZUNGEN DES EIGENEN WIRKUNGSKREISES

a) Die Genehmigung eines gemeindlichen Bebauungsplanes nach § 11 BBauG²⁷⁾

Die Aufstellung eines gemeindlichen Bebauungsplanes ist im Falle von § 11 BBauG in eigener Verantwortung von der Gemeinde aufzustellen (Rechtssetzung,²⁸⁾ im eigenen Wirkungskreis im Sinne von Art. 6, Abs. 2 GO.

Die Aufsichtsbehörde, deren Genehmigung nach § 11 Abs. 2 BBauG zum Wirksamwerden des Planes erforderlich ist, darf diese nach §§ 11, S. 3; 6, Abs. 2 BBauG nur versagen, wenn der Plan nicht ordnungsgemäß aufgestellt wurde oder gegen die gesetzlichen Vorschriften widerspricht.²⁹⁾ Es wird also nur Bestandsauftrag gegeben. Die Genehmigung darf nicht deshalb verweigert werden, weil die zuständige höhere Ver-

26) Art. 48, Abs. 2, S. 1; 62, Abs. 4 LStVG.

27) Die Genehmigung eines vorbereitenden Flächennutzungsplanes ist in diesem Zusammenhang nicht anzuwenden, da dieser nach § 3 Abs. 1 Allgemeiner Verordnungsverordnung keine Rechtsnormen enthält.

28) Unter dem Einfluß der Rspr. des BVerwGs - vgl. Entsch. vom 3.5.1955, BVerwGE 3, 258, und vom 21.5.1957, NJW 1957, S. 1083 -, der sich auch der BGH angeschlossen hat, - vgl. Urt. vom 17.10.1956, BGHZ 22, 32, 36 ff -, vertrat die Literatur auch überwiegend schon vor Inkrafttreten von § 10 BBauG die Ansicht, daß es sich bei der Festsetzung eines gemeindlichen Bebauungsplanes nicht um den Erlass einer Allgemeinverordnungsverordnung, sondern um eine örtliche Rechtsetzung handelt. So Mörtel, BayVBl 1957, S. 13, 45 f; Grauvogel, DVBl 1957, S. 113 f; ders. in Brüggenmann-Grauvogel-Ottavio-Förster-Kopp-Pohl-Stahnke, Bundesbaugesetz, Stand Dez. 62, § 10, Anm. 1-3; Knaup-Ingenstam, BBauG mit Kommentar, 2. A., 1961, Erl. zu § 10; Imboden und Obermayer, VVDStRL H. 18, 1960, S. 113, 144 ff; vgl. aber auch Forsthoff, DVBl 1957, S. 113; ders. Lehrbuch seit 8. A., S. 185 f; Merk, a. a. O., S. 820; VVDStRL H. 18, S. 178. Für das positive Recht ist die Frage durch § 10 BBauG entschieden.

29) Selbstverständlich nur bei Verstoß gegen höherrangiges Recht; an der Abänderung eines früheren Bebauungsplanes ist die Gemeinde hierdurch nicht gehindert.

waltungsbehörde eine andere Planung für zweckmäßiger ansieht.³⁰⁾ Dieser Bindung der Aufsichtsbehörde entspricht ein Rechtsanspruch der Gemeinde auf Erteilung der Genehmigung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen.³¹⁾ Demzufolge wird die Erteilung bzw. Versagung der Genehmigung oder ihre Erteilung unter Auflagen ganz allgemein als VA gegenüber der Gemeinde angesehen. In den beiden letzten Fällen werden ihr folglich auch die Rechtsmittel zugestanden, die ihr nach Kommunalrecht gegen Entscheidungen der Rechtsaufsichtsbehörde gegeben sind.³²⁾

b) Die Genehmigung sonstiger Satzungen des eigenen Wirkungskreises

Nach Art. 23, S. 1 GO können die Gemeinden Satzungen zur Regelung eigener Angelegenheiten generell, nach Art. 23, S. 2 GO bewehrte Satzungen, auch solche des eigenen Wirkungskreises, nur in den gesetzlich geregelten Fällen erlassen.³³⁾ Ferner können die Gemeinden, soweit Steuern nicht unmittelbar auf Gesetz beruhen, solche auf Grund ihrer Autonomie gemäß Art. 22 GO "nach Maßgabe der Gesetze" durch Satzung einführen.³⁴⁾ Für diese Steuersatzungen gelten die allgemeinen Vorschriften der Art. 23 - 26 GO, soweit nicht Sondervorschriften eingreifen.³⁵⁾ Schließlich ist jede Gemeinde nach Art. 89 GO zur jährlichen Aufstellung einer Haushaltssatzung verpflichtet.³⁶⁾

30) Schulz-Frohberg, Kommentar zum BBauG, 2. A., 1962, § 11, Anm. 1; v. Hausen - v. d. Heide, Bundesbaugesetz, 1961, § 6, Anm. 1.

31) Grauvogel, a. a. O., § 11, Anm. 3; Beck, BayVBl 1962, S. 229 ff.

32) vgl. schon Beschl. des OVG Koblenz vom 23.12.1954, AS 3, 102, 103; Urt. des VGH Stuttgart vom 10.7.1958, VerwRspr Bd. 11, Nr. 228; v. Hausen - v. d. Heide, § 6, Anm. 2; Grauvogel, a. a. O., § 6, Anm. II, 2; Heitzer-Oestreicher, Bundesbaugesetz, 1962, § 11, Anm. a).

33) Art. 24, Abs. 1, Nr. 1-3, Abs. 2, S. 2 + 3 GO.

34) Hölzl, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern. 4. A., 1963, Art. 22, Anm. II, 5.

35) Zur Frage der Zuständigkeit bei Genehmigung einer Satzung nach Art. 1, Abs. 2, S. 1 GAG und zugleich nach Art. 25 GO vgl. Liesner, BayVBl 1963, S. 277 f.

36) Diese entspricht in etwa dem Haushaltsgesetz des Staates nach Art. 78, Abs. 3 BV, 110 ff GG und ist somit nach der überkommenen Lehre eine Satzung "im formellen Sinn", die grundsätzlich keine Außenwirkung aufweist, sondern nur eine Bindung der Gemeindeorgane nach innen bewirkt. Gemenwein, a. a. O., S. 152, 153; Hölzl, Art. 89, Anm. 5; Masson, Bayerische Kommunalgesetze, 2. A., 1961, Art. 89, Anm. 1; Art. 96, Anm. 1; vgl. aber auch Jesch, a. a. O., S. 185 f, 226 f, 230; Arndt, a. a. O., S. 1274, 1275.

Nach Art. 25, Abs. 1 GO bedürfen nun Satzungen mit rückwirkender Kraft,³⁷⁾ - mit Ausnahme der Haushaltssatzung - und Satzungen nach Art. 24, Abs. 1, Nr. 1 - 3 GO der Genehmigung.³⁸⁾ Satzungen nach Art. 24, Abs. 1, Nr. 1 GO jedoch nur, wenn sie als bewehrte Satzungen erlassen werden. Für die Haushaltssatzung wurde der Genehmigungsvorbehalt nicht vorgesehen, da er in diesem Fall eine nach heutiger Auffassung unerträgliche Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts bedeuten würde.³⁹⁾ Eine Genehmigung ist für die nur ausnahmsweise nach Art. 93, Abs. 1 GO erforderlich, niemals wegen bloßer Rückwirkung.⁴⁰⁾

Die hiernach erforderlichen Satzungen genehmigungen werden als VAE beurteilt insbesondere von WIDTMANN,⁴¹⁾ FORSTHOFF,⁴²⁾ MERK,⁴³⁾ LANDMANN-GIERS-PROKSCH,⁴⁴⁾ GÖNNENWEIN,⁴⁵⁾ und überwiegend von der bayerischen Rechtsprechung,⁴⁶⁾ HÖLZL,⁴⁷⁾ entscheidet sich nicht klar, sondern spricht nur davon, daß es sich bei den Genehmigungen des Art. 117 GO überhaupt nicht um Mittel der staatlichen Aufsicht, sondern um rechte Rente der staatlichen Kontrolle handle. Man spreche in solchen Fällen von Mischverwaltung.⁴⁸⁾ Denn läßt die Zitierung von VGH n. F. Bd. 5, 281; Bd. 7, 139; Bd. 8, 24, BayVerfGH in VGH n. F. Bd. 9, II, 123, und der Hinweis auf die Möglichkeit einer gerichtlichen

37) Zur Frage der Verfassungsmaßigkeit von Art. 25, Abs. 1 GO insoweit vgl. die Entsch. des BayVerfGHs vom 30.10.1954, VerwRspr Bd. 5, Nr. 114, und Masson, Art. 25, Anm. 1.

38) Die Zulässigkeit solcher Genehmigungsvorbehalte wird heute Art. 25, Abs. 2 GG allgemein bejaht, vgl. Masson, Art. 25, Anm. 4.

39) Hölzl, Art. 25, Anm. 1 b.

40) Masson, Art. 93, Anm. 1.

41) Helmutrich Widtmann, Art. 117, Anm. 8, grundsätzlich sollen die Genehmigungen bzw. deren Versagung nach Art. 117 GO VAE. Sie nehmen allerdings "besondere Züge" an, wenn es sich um die Genehmigung einer Satzung handle. Ob der Hinweis auf Mischverwaltung, BayVBl 1963, S. 250 ff., als Billigung der dort vertretenen Ansicht zu verstehen ist, wird nicht klar.

42) a.a.O., S. 193, 247.

43) Deutsches Verwaltungsrecht, S. 830.

44) Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., 1960, S. 96.

45) Gemeinderecht, S. 157.

46) VGH n. F. Bd. 5, 217, 220= DVBl 1953, S. 139; VGH n. F. Bd. 7, 139; vgl. ferner Bd. 5, 28, 36, aber auch in BayVBl 1963, S. 250 ff. Vgl. ferner BVerwG in DVBl 1963, S. 776 f.

47) Art. 117, Anm. 2.

48) vgl. hierzu auch Laforet, Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, 1929, S. 141, 143.

Nachprüfung im Rahmen des § 114 VwGO den Schluß zu, daß auch HÖLZL diese Satzungs genehmigungen als VAe ansieht.

Eine Doppelnatur dergestalt, daß die Genehmigung einer kommunalen Satzung der Gemeinde gegenüber zwar ein VA, der unbestimmten Allgemeinheit gegenüber aber ein Teilakt innerhalb eines Rechtsetzungsverfahrens sei, nimmt überwiegend die außerbayerische Rechtsprechung an.⁴⁹⁾ Im Schrifttum wird diese Ansicht geteilt von ULE,⁵⁰⁾ H.J. WOLFF,⁵¹⁾ LOHR,⁵²⁾ und SALZWEDEL,⁵³⁾ Auch nach OBERMAYER bestehen bezüglich der Annahme einer Doppelnatur "keine dogmatischen Bedenken".⁵⁴⁾

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß zwischen den beiden ersten vorgetragenen Ansichten, die Genehmigung einer kommunalen Satzung sei ein VA bzw. sie habe eine Doppelnatur, zumindest in den praktischen Konsequenzen kein allzu großer Unterschied besteht. Nach beiden Auffassungen ist nur eine Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage der betroffenen Gemeinde zulässig. Eine Klage eines Dritten, etwa eines Gemeindebürgers, scheitert nach der ersten Ansicht daran, daß er von vornherein nicht schlüssig behaupten kann, durch den Erlaß bzw. Nichterlaß dieses VAs in seinen Rechten verletzt zu sein, nach der anderen daran, daß ihm gegenüber ja nur ein Rechtsetzungsakt vorliegt, gegen den er nur unter den Voraussetzungen des § 47 VwGO im Wege der Normenkontrollklage vorgehen könnte.⁵⁵⁾ Demgemäß wird zwischen beiden Auffassungen insbesondere in gerichtlichen Entscheidungen meist nicht klar unterschieden, was deren Einordnung erschwert.

Dafür, daß es sich bei der Genehmigung kommunaler Satzungen um einen integrierenden Bestandteil eines Rechtsetzungsverfahrens, damit um einen Rechtsetzungsakt und nur um einen solchen handelt, haben sich ausgesprochen: MÖRTEL,⁵⁶⁾

49) Urt. des OVG Lüneburg vom 13.11.1952, AS 6, 392= NJW 1953, S. 160= DVBl 1954, S. 370; Urt. vom 20.10.1955, AS 10, 351; Beschl. des OVG Rheinland-Pfalz vom 23.12.1954, DÖV 1956, S. 285; vgl. auch Urt. des BVerwGs vom 14.5.1963, BayVBl 1963, S. 283, mit Anm. von Masson.

50) a.a.O., § 42, Anm. IV, 2a); vgl. auch Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. A., 1962, § 42, Rdnr. 31.

51) a.a.O., § 46, V, b), S. 257; vgl. auch Verwaltungsrecht II, 1963, § 77, V, b), 5, S. 90.

52) a.a.O., S. 102, 162.

53) Archiv für Kommunalwissenschaften 1 (1962), S. 204.

54) Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 275.

55) vgl. hierzu im einzelnen unten, V. Abschnitt.

56) BayVBl 1956, S. 362 ff, 365, unter Berufung auf den Beschl. des VGH vom 18.9.1952, VGH n.F. Bd. 5, S. 217, 220 und Urt. vom 14.2.1952, ebendort, S. 28, 36.

MASSON,⁵⁷⁾ und TÜREGG-KRAUS.⁵⁸⁾ Schließlich hat ROCK eine Doppelnatur einer solchen Genehmigung im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltenteilung für unvermeidbar und entscheidend auch daher ebenfalls für Rechtswertgemäß,⁵⁹⁾

Unabhängig von dem Streit um die Rechtmäßigkeit der Genehmigung besteht in der Enigkeitslehre darüber, daß die Gemeinde grundsätzlich seinen Bedürfnis, grundt auf ihre Erteilung habe.⁶⁰⁾ Nur hinsichtlich der Situationsangaben vertrat schon früher HÖLZL die Auffassung,⁶¹⁾ die Gemeinde habe in keinem Sonderfall bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen verwaltungsgemäßlich verteilbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung.⁶²⁾ In Art. 22, Abs. 2, S. 1 BV werden den Gemeinden das Recht zugesprochen, ihren Finanzbedarf durch Abwälzung Abgaben zu decken. Die GO erteile ihnen in Art. 22, Abs. 2 das Recht, ihr Finanzwesen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen selbst in regelmäßige, bestimmte Anzahlen nach Maßgabe der Gesetze zu erheben, soweit ihre sonstigen Einkünfte nicht ausreichen. Der letzte Satz des Art. 22, Abs. 2 sei zwar zunächst nur als Selbstbindung des Gesetzgebers zu betrachten und räume der Gemeinde an sich nur ein sogenanntes "Reflexrecht" ein.⁶³⁾ Die Finanzhoheit über die Gemeinde ist ein wesentlicher Teil des Gemeindefinanzrechts und gehört als solche zu den Grundelementen seiner Gemeinschaftlichkeit und gehört als solche zu den Grundelementen seiner Gemeinschaftlichkeit und gehört als solche zu den Grundelementen seiner Gemeinschaftlichkeit und gehört als solche zu den Grundelementen seiner Gemeinschaftlichkeit. Die angeführten Bestimmungen der BV und GO sollten das ganz offenkundig nochmals besonders betonen, ja garantieren. Die anderen Bestimmungen können deshalb nur so gedeutet werden, daß der Gemeinde bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein verwaltungsgemäßlich verteilbarer Anspruch auf Erteilung dieser Genehmigungen zustünde.

In allen übrigen Fällen war bisher einheitliche Meinung, daß die Erteilung der Genehmigung in das pflichtmäßige Ermessen der Rechtsaufsichtsbehörde gestellt sei,

57) Bei Anm. 3 zu Art. 117 gibt er nur die h.L. wieder; seine eigene Meinung findet sich klar in der Anm. BayVBl 1960, S. 290, sowie BayVBl 1963, S. 285.

58) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. A., 1962, S. 71.

59) BayVBl 1962, S. 369 ff.

60) Hölzl, Art. 25, Anm. 4; Masson, Art. 117, Anm. 3; Helmreich-Widtmann, Art. 25, Anm. 3.

61) Art. 25, Anm. 4; Art. 22, Anm. A II b und A III im Exkurs über das Gemeindefinanzrecht.

62) a. A. Helmreich-Widtmann, Art. 22, Anm. 3, 1 im Exkurs über das Gemeindefinanzrecht.

63) zur Abgrenzung von subjektivem öffentlichem Recht und bloßem "Reflexrecht", besser Rechtsreflex, vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 34 - 37.

die einen Bescheid nach Art. 117, Abs. 3 GO allerdings ohne schuldhaftes Zögern erlassen müsse.⁶⁴⁾

Nun vertritt aber neustens OBERMAYER einen grundsätzlich anderen Standpunkt.⁶⁵⁾ Zwar gebe es Fälle, in denen überörtliche oder gesamtstaatliche Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Rolle spielten, oder in denen die größere Sachkunde der Genehmigungsbehörde den Ausschlag geben solle.⁶⁶⁾ Würden jedoch vorwiegend Interessen berührt, die sich auf das Gemeindegebiet beschränkten und einer umfassenden Würdigung durch die Gemeinde zugänglich seien, so könne der aufsichtlichen Mitwirkung keine entscheidende Funktion zukommen. Ihre Aufgabe könne dann nur darin bestehen, die gemeindliche Rechtsetzungstätigkeit bereits während des Erlasses von Satzungen unter den Gesichtspunkten der Rechtmäßigkeit und allenfalls einer durch Art. 109, Abs. 2, S. 2 GO beschränkten Zweckmäßigkeit zu lenken. Wenn fachaufsichtliche Maßnahmen seit Erlass dieser Vorschrift nur noch in besonderen Fällen auf die Ermessensbetätigung der Gemeinde Einfluß nehmen dürften, so sei nicht einzusehen, warum die staatliche Beteiligung beim Erlass gemeindlicher Rechtsetzungsakte dem freien Ermessen der Aufsichtsbehörde anvertraut sein solle. Müsse ein solches Ermessen aber ausscheiden, dann sei es naheliegend, die unmittelbar nur für rechts- und fachaufsichtliche Weisungen geltenden Bestimmungen des Art. 109, Abs. 1 + 2 GO entsprechend anzuwenden. Daraus ergebe sich hinsichtlich der Genehmigung von Satzungen des eigenen Wirkungskreises mit Ausnahme der Haushaltssatzung das subjektive öffentliche Recht der Gemeinde auf Erteilung der Genehmigung, wenn die Satzung gegenüber den Betroffenen rechtmäßig sei.

3. DIE GENEHMIGUNG VON GEMEINDESATZUNGEN DES ÜBERTRAGENEN WIRKUNGSKREISES

Diese sind zwar derzeit von geringer Bedeutung,⁶⁷⁾ dürfen hier aber trotzdem nicht übergangen werden. Denn es besteht ja für den Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit, den Gemeinden gemäß Art. 23, S. 2 GO neue Ermächtigungen zur Schaffung von Satzungen des übertragenen Wirkungskreises zur Verfügung zu stellen.

64) Masson, Art. 117, Anm. 3.

65) in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 276 f.

66) Obermayer denkt dabei an die Genehmigung der Haushaltssatzung nach Art. 93 GO und die Zustimmung zu bzw. Genehmigung von einer Reihe sonstiger Rechtshandlungen der Gemeinde, vgl. a.a.O., S. 276, S. 273, unter III, 3.

67) Masson, Art. 23, Anm. 6.

Die Rechtsnatur der Genehmigung dieser Satzungen wird meist nicht gesondert erörtert. Soweit sich die bisher angeführten Autoren speziell mit Satzungen genehmigungen nach bayerischem Kommunalrecht befassen, vertreten sie dieselbe Auffassung wie im einzelnen unter 2 b) dargestellt. Insbesondere hält OBERMAYER auch hier an seiner Ansicht von der Doppelnatur fest.

Auch hier ist wieder überwiegende Meinung, daß der Gemeinde kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung zusteht, die Aufsichtsbehörde diese vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilen oder zu verweigern habe. Wie hinsichtlich der Genehmigung von Satzungen des eigenen Wirkungsbereiches vertritt aber OBERMAYER auch hier die Ansicht, daß eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Kommunalaufsicht, hier also der Fachaufsicht, geboten sei. Von da aus kommt er zu dem Ergebnis, die Gemeinde habe ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung der Genehmigung, wenn die Satzung den Betroffenen gegenüber rechtmäßig und auch insofern zweckmäßig sei, als nicht das öffentliche Wohl oder berechnigte Belange einzelner eine andere Ermessensbetätigung zwingend erforderten.⁶⁸⁾

Der wichtigste Fall von Satzungen im übertragenen Wirkungsbereich sind die statutarischen Bestimmungen des § 142 GewO.⁶⁹⁾ Diese bedürfen nach Abs. 1, S. 2 dieser Vorschrift der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde.⁷⁰⁾ Während sich die sonstigen Kommentare zur GewO mit der Rechtsnatur dieser Genehmigung nicht ausdrücklich auseinandersetzen,⁷¹⁾ vertreten hierzu EYERMANN-FRÖHLER die Ansicht, es handle sich hier nicht um einen VA im Sinne der Verwaltungsgesetzgebung, sondern um einen die lokale Rechtssetzung zum Abschluß bringenden Akt, also einen Rechtsetzungsakt.⁷²⁾

68) Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 277.

69) Masson, Art. 23, Anm. 6.

70) Dies ist nach § 1 der Verordnung, den Vollzug der Reichsgewerbeordnung betreffend vom 29.3.1892, BayRS IV, S. 9, die Regierung; vgl. daselbst auch § 50.

71) vgl. etwa Fuhr, Kommentar zur Gewerbeordnung, 1900 ff., § 142, Anm. 3; Rohlfing-Kiskalt-Wolf, Gewerbeordnung, 2. A., 1958, Anm. zu § 142; Hoffmann in M. v. Brauchitsch's "Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder", neu herausgegeben von Ule, Bd. VIII, 1. Halbbd., "Wirtschaftsverwaltungsrecht", 1963, Anm. zu § 142 GewO.

72) 11. A. des Kommentars zur Gewerbeordnung von Landmann-Rohmer, 1956, § 142, Anm.

4. STAATSAUFSICHTLICHE MITWIRKUNG AN DER SCHAFFUNG GEMEINDLICHER VERORDNUNGEN

Die Einführung eines Ordnungsrechts der Gemeinden, Landkreise und Bezirke stellt nach GROEBE eine für die bayerische und deutsche Verwaltungsrechtstradition umstürzende Neuerung dar.⁷³⁾ Diese besteht darin, daß das LStVG eine Delegation der Ordnungsgewalt nicht auf Behörden der unmittelbaren, sondern der mittelbaren Staatsverwaltung einführt,⁷⁴⁾ und zwar grundsätzlich der jeweiligen Selbstverwaltungs- "Parlamente", also des Gemeinderates, der Kreis- und Bezirkstage, Art. 48, Abs. 1, S. 1 LStVG.

Zunächst muß hierbei geklärt werden, ob eine solche Delegation nach bayerischem Verfassungsrecht überhaupt zulässig ist, dann aber auch, ob die hierbei geltenden Grenzen eingehalten sind.

Die Zulässigkeit einer solchen Delegation des Ordnungsrechts auf die genannten Körperschaften könnte zweifelhaft sein im Hinblick auf Art. 70, Abs. 3 BV, dessen Wortlaut zunächst eine Übertragung der gesetzgebenden Gewalt des Landtages ganz zu verbieten scheint. Andererseits aber regelt Art. 55, Ziff. 2 BV die Voraussetzungen, unter denen eine Ermächtigung zum Erlass von Ordnungen seitens der Staatsregierung und der Staatsministerien zulässig ist.⁷⁵⁾ Dieser Widerspruch kann nur dadurch gelöst werden, daß Rechtsverordnungen nicht selbständig eine ganze Materie, sondern nur im Rahmen der vom Parlament erlassenen Richtlinien untergeordnete Fragen verbindlich selbst regeln dürfen. Rechtsverordnungen dürfen, auch wenn sie über bloße Durchführungsbestimmungen hinausgehen, keine selbständigen Rechtsnormen aufstellen, die im Gesetz gar nicht vorgesehen sind und daher auch nicht auf den Willen des Gesetzgebers zurückgeführt werden können.⁷⁶⁾ Dies läuft auf eine analoge Anwendung von Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG auf landesgesetzliche Ordnungsermächtigungen hinaus, ein Ergebnis, das sich vom Bundesrecht her auch aus Art. 28, Abs. 1, S. 1 GG ergibt.⁷⁷⁾ Die Frage,

73) DVBl 1957, S. 157 ff.; vgl. ferner König, DÖV 1962, S. 881 f.

74) Zum Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung, vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 411 ff, 419.

75) Nach ganz allgemeiner Ansicht handelt es sich bei der Formulierung "ihr" in Art. 55, Ziff. 2, S. 2 BV um ein Redaktionsversehen; es muß richtigerweise "ihnen" heißen; Nawiasky-Leusser, Die Verfassung des Freistaats Bayern, 1948. S. 137; Franz Mayer, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 1959. S. 92.

76) Entsch. des BayVerfGHs vom 24.4.1950, GVBl S. 97.

77) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 80, Rdnr. 19.

ob die Grundsätze des Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG nun eigentlich auf Grund des Art. 20 Abs. 1 GG als Bundesrecht oder als bayerisches Verfassungsrecht oder auch aus beiden Gründen gelten, die in Zusammenhang steht mit dem weiteren Problem des Verhältnisses von Bundesrecht zu gleichlautendem Landesrecht.⁷⁸⁾ hat in diesem Zusammenhang keine allzu große Bedeutung.⁷⁹⁾ Denn einerseits ist Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG nichts anderes als eine Zuhilfenahme des in GG strenger als früher verstandenen Rechtsstaatsprinzips,⁸⁰⁾ andererseits sind die den Rechtsstaat kennzeichnenden allgemeinen Rechtsätze auf jeden Fall in Bayern geltendes Recht im Range des Verfassungsrechts.⁸¹⁾

Die eigentliche Frage aber, ob das LStVG auch die genannten Selbstverwaltungskörperschaften zum Erlaß von Verordnungen ermächtigt, war es, ist damit noch nicht beantwortet. Bisher ist lediglich klargestellt, daß die Verordnungsmacht der Regierung oder eines einzelnen Staatsministeriums auf Art. 80 Abs. 3 BV beschränkbar ist. Art. 55, Ziff. 2 BV könnte ja auch so verstanden werden, daß der Gesetzgeber hiermit eine erschöpfende Aufzählung der möglichen Ermächtigungsadressaten geben wollte. In der Tat legte man den im Wortlaut enthaltenen Satz Art. 55, Ziff. 2 BV entsprechenden § 61, Ziff. 7 der bayerischen Verfassung von 1910 dahin aus, daß künftig auf Grund dieser Verfassungsbestimmung ein neues Normsetzungsgewalt für die Unterbehörden nicht mehr begründet werden könne, da sie eine Ausnahme von § 74 der BV von 1910 darstelle und als solche auf Ministerien beschränkt bleiben müsse.⁸²⁾ Ebenso wird die Aufzählung der möglichen Adressaten in Art. 80 GG als erschöpfend angesehen.⁸³⁾ Nachteilig für Ansicht lassen sich jedoch aus Art. 55, Ziff. 2 BV Bedenken gegen eine Normsetzungsbefugnis anderer Staatsorgane als der Staatsregierung und der Ministerien ableiten. Dafür spricht schon die Stellung der Vorschriften Abschnitt über die Staatsregierung, die einen verallgemeinernden Gegensatz mehr andeuten, und ihr Aufbau. Auch sonst enthält die BV, insbesondere in den Vorschriften über die Gesetzgebung, von Art. 70 ff. kein Verbot einer Ermächtigung anderer Stellen als Regierung und

78) Maunz, a. a. O., Art. 31, Rdnr. 20 ff; derselbe in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 6; Hamann, Das Grundgesetz, 2. A., 1961, Art. 31, Anm. B 2, S. 250; Dennewitz in Bonner Kommentar, 1954 ff, Art. 31, Erl. II, 2.

79) vgl. Spanner, BayVBl 1962, S. 226.

80) Entsch. des BVerfG vom 23.11.1951, BVerfGE 1, S. 14, 60; Spanner, a. a. O.; Maunz in Maunz-Dürig, Art. 80, Rdnr. 19, Abs. 2.

81) Spanner, a. a. O.; BayVerfGH n. F. Bd. 3, II, 109 ff; Nawiaskey-Leusser, a. a. O., S. 32.

82) Nawiaskey, Bayerisches Verfassungsrecht, 1923, S. 219.

83) Maunz, a. a. O., Art. 80, Rdnr. 6; Herrfahrdt in Bonner Kommentar, Art. 80, Erl. II, 1.

Ministerien zur Normsetzung. Art. 55, Ziff. 2 BV darf somit nicht etwa als eine ausschließliche Aufzählung der zur Normsetzung berufenen Organe der Exekutive gewertet werden.⁸⁴⁾ Der Gesetzgeber durfte daher ohne Verstoß gegen die BV den Gemeinden ein Verordnungsrecht zugestehen.⁸⁵⁾

Im übrigen besteht kein Zweifel, daß die detaillierten Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sind, um den Anforderungen der Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG; 70, Abs. 3; 55, Ziff. 2 BV zu genügen,⁸⁶⁾ mag auch die Gültigkeit mancher Vorschriften des LStVG im Hinblick auf sonstiges Bundesrecht zweifelhaft sein.⁸⁷⁾

Der Erlass von Verordnungen nach dem LStVG ist, wie in Art. 48, Abs. 1, S. 2 ausdrücklich festgestellt wird, Angelegenheit des übertragenen Wirkungskreises.⁸⁸⁾ Das dabei zu beachtende Verfahren ist in den Art. 48-61 geregelt. Geplante Verordnungen sind nach Art. 53, Abs. 1 der Regierung vorzulegen und erlangen Wirksamkeit erst durch eine, u. U. nach Art. 54, Abs. 2, S. 1 fingierte Vollziehbarkeitserklärung (VZE),⁸⁹⁾ der Regierung, grundsätzlich eine Woche nach der gemäß Art. 59 vorzunehmenden amtlichen Bekanntmachung, Art. 58, Abs. 1.

Innerhalb dieses Normsetzungsverfahrens stehen der Aufsichtsbehörde eine Reihe von Befugnissen zu. So kann sie unter bestimmten Voraussetzungen von einer Gemeinde, einem Landkreis oder Bezirk den Erlass einer Verordnung verlangen,

84) Entsch. des BayVerfGHs vom 11.12.1953, VGH n. F. Bd. 6, II, S. 136, 144; Franz Mayer, a. a. O., S. 93; Käab-Rösch, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungs-gesetz, 1958, Einführung Rdnr. 97.

85) Über die Delegation des Verordnungsrechts auch an die Landkreise und Bezirke und die Bedenken dagegen s. Franz Mayer, a. a. O., S. 93.

86) Franz Mayer, a. a. O., S. 52 f; Käab-Rösch, Einführung, Rdnr. 87-91, 92 ff.

87) Spanner, BayVBl 1962, S. 227, weist darauf hin, daß die Bestimmung des Art. 51, Abs. 2 LStVG insofern gegen Art. 80, Abs. 1, S. 3 GG verstößt, als sie Angabe der Rechtsgrundlage nur als "Soll"-Vorschrift fordert; Bedenken bestehen ferner gegen Art. 23, Abs. 2 im Hinblick auf § 43 StGB, Art. 72, Abs. 1; 74, Ziff. 1 GG, § 2 EGStGB, vgl. dazu Kohlhaas in NJW 1962, S. 1687, und gegen Art. 25 im Hinblick auf § 183 StGB, usw., vgl. dazu Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. 3. A., 1959, S. 380; Boehmer, NJW 1963, S. 1951, bei Fußn. 24, mit weiteren Nachweisen.

88) Käab-Rösch, Einf. Rdnr. 70, Art. 48, Rdnr. 6-8.

89) Der Vorschlag von Käab-Rösch, Art. 54, Rdnr. 14, den sprachlich besseren und zutreffenderen Ausdruck "Vollziebarerklärung" zu verwenden, hat sich bisher noch nicht durchgesetzt.

Art. 52, Abs. 2, S. 1;⁹⁰⁾ kommt die e dem Verlangen nicht nach, so kann die Aufsichtsbehörde die Verordnung im Wege der Ersatzverurteilung selbst erlassen, Art. 52, Abs. 2, S. 2. Eine solche Ersatzverordnung kann nur von der erlassenden Staatsbehörde selbst oder mit ihrer Zustimmung aufgehoben werden, Art. 52, Abs. 3. Eine besonders starke Stellung verleiht Art. 51 der Aufsichtsbehörde im Prüfungsverfahren der unter bestimmten Voraussetzungen aufzulegen – vgl. Art. 48, Abs. 2 – dringlichen Verordnungen. Nach Art. 51, Abs. 1 kann die Aufsichtsbehörde rechtswidrige oder rechtswidrig gewordene Verordnungen beabsichtigen und ihre Aufhebung verlangen, nach Art. 51, Abs. 1 die Verordnungen im Untätigsein der betreffenden Körperschaft auch selbst aufheben.⁹¹⁾

Auf die hinsichtlich der Rechtsnatur dieser Akte vorstehend Ausführten kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden.⁹²⁾ Ihre Beurteilung hängt im wesentlichen von der jeweils vertretenen Auffassung der VZE ab, worauf ja noch ausführlicher eingegangen werden muß.

Die Vorschriften der Art. 48–51 LStVG finden nach Art. 52 entsprechende Anwendung, wenn die Gemeinden etc. durch sonstige Rechtsvorschriften ermächtigt sind, bewehrte Verordnungen zu erlassen. So sieht z. B. Art. 10a BayWG Ermächtigungen kreisfreier Gemeinden zum Erlass bewehrter und nicht bewehrter Verordnungen vor.⁹³⁾ Solche Verordnungen bedürfen demnach im Falle der Bewehrung einer VZE.⁹⁴⁾ Ebenso ermächtigt ne. erlassungsrechtl. die BayLandGemeinden zum Erlass bewehrter und nicht bewehrter Verordnungen.⁹⁵⁾ Das Verfahren hinsichtlich formeller ist gesetzlich nicht geregelt. Derinfolge ist zu vermuten, daß auch diese Verordnungen VZE bedürfen.⁹⁶⁾ Diese Frage kann aber hier auf dem Vermitteln der Ansicht nicht um den Anwendungsbereich, sondern um die Rechtsnatur der VZE geht.

90) Mörtel, BayVBl 1961, S. 74 ff; Schmitt, BayVBl 1959, S. 401 ff; Bengl-Berner-Ermerig, Kommentar zum Bayerischen Landesstraf- und Verwaltungs-gesetz, 2. A., 1957, Art. 52, Anm. 4b), S. 194, 195.

91) Mörtel, BayVBl 1961, S. 241.

92) Eine ausführliche Stellungnahme enthalten die in Anm. 90) und 91) angeführten Aufsätze von Mörtel.

93) Art. 22; 36; 43, Abs. 4; 52; 61, Abs. 1; 85, Abs. 1 BayWG; Art. 8, Abs. 1; 9, Abs. 1 GO; vgl. ferner Samper, BayVBl 1962, S. 339 f.

94) Art. 62 a, Abs. 1 LStVG; Graf, BayVBl 1963, S. 11 f.

95) Art. 107, Abs. 1–3 BayBauO, Mang. BayVBl 1962, S. 201 f; Simon, BayVBl 1962, S. 302 f.

96) vgl. einerseits Graf, a. a. O., S. 14, 15; andererseits Mang-Simon, BayBauO, Stand Nov. 1962, Rdhr. 1 und 24 zu Art. 107; Koch, BayBauO, 3. A., 1963, Anm. 3 zu Art. 107.

Während eine gerichtliche Stellungnahme bisher fehlt, ist im Schrifttum die Rechtsnatur der VZE äußerst bestritten. KÄÄB-RÖSCH sehen sie als VA an.⁹⁷⁾ Erst sie vervollständige im konkreten Fall die Rechtsetzungsbefugnis der kommunalen Gebietskörperschaft und schaffe für sie eine neue Rechtslage. An dieser Ansicht wird auch im Ergänzungsband unter Ablehnung der Ansicht von MÖRTEL - s. unten - festgehalten.⁹⁸⁾ Angeschlossen hat sich ihr SCHMITT.⁹⁹⁾

Nach BENGL-BERNER-EMMERIG,¹⁰⁰⁾ ist nur die Verweigerung der VZE bzw. ihre Abhängigmachung von Änderungen als VA anzusehen.¹⁰¹⁾ Im übrigen sind sie der Ansicht, die VZE sei Ausdruck eines echten staatlichen Mitwirkungsrechtes am Rechtsetzungsverfahren der kommunalen Gebietskörperschaften.

MÖRTEL geht in seiner Kritik dieser Ansichten von dem Sinn der Übertragung der Verordnungsgewalt durch das LStVG aus.¹⁰²⁾ Die Befugnis, Strafrecht zu setzen, sei ihrem Wesen nach eine staatliche.¹⁰³⁾ Verfassungsrechtlich und rechtspolitisch sei eine Übertragung an die Gemeinden, Landkreise und Bezirke nur dann unbedenklich, wenn diese Befugnis trotz der Übertragung eine staatliche bleibe. Eine Auffassung, die diese übertragenen Befugnisse ihres Charakters als staatliche Befugnisse entkleiden wollte und sie so behandeln mochte, als seien sie reine Selbstverwaltungsangelegenheiten, sei abwegig. Auch nach dem Strukturwandel hinsichtlich der Beurteilung des übertragenen Wirkungskreises,¹⁰⁴⁾ müsse zwischen dem Selbstverwaltungsrecht der Gebietskörperschaften nach den Kommunalgesetzen und den Befugnissen aus dem übertragenen Wirkungskreis nach Art. 48, Abs. 1. S. 2 LStVG

97) Art. 54, Anm. 15.

98) Stand 1.4.61, Art. 54, Nachtrag zu Anm. 15, I.

99) BayVBl 1959, S. 401 ff, 405.

100) Art. 54, Anm. 3 a; dieser Ansicht hat sich anscheinend Franz Mayer, Mang-Manz-Mayer-Obermayer, S. 336, angeschlossen.

101) Hierzu Käab-Rösch, Art. 54, Anm. 15; Diese Umstände betreffen nicht die Rechtsnatur der VZE, sondern nur die Frage, ob eine zur Anfechtung berechtigende Beschwerde vorliegt oder nicht.

102) BayVBl 1960, S. 236 ff; zust. König, DÖV 1962, S. 885.

103) vgl. Bengl-Berner-Emmerig, Art. 48, Anm. 5; Vorbem. zum 5. Teil, Anm. 3 a), S. 186.

104) Amtl. Begründung zu Art. 1 GO; Aufsatz "Strukturwandel im kommunalen Wirkungsbereich" in BayGemZtg 1952, Nr. 5 (ohne Verfasserangabe); Obermayer in Mang-Manz-Mayer-Obermayer, S. 263, 277; Schmitt, BayVBl 1959, S. 403; Beer und Masson, BayVBl 1962, S. 307 ff; Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 11; Urt. des VGH vom 23.8.1954, BayVBl 1955, S. 25 f.

eine klare Grenze gezogen werden.¹⁰⁵⁾ Die Mitwirkungsbefugnisse der staatlichen Behörden beim Erlaß von Verordnungen, in denen die VZE, seien Ausdruck und Ausfluß der ursprünglichen staatlichen Verwaltungsgewalt, nicht nur Ausdruck einer allgemeinen Staatsautorität. Von diesem Ausgangspunkt aus kommt MÖRTEL dann bei der Frage nach dem Wesen der VZE zu dem Ergebnis, bei ihr handle es sich um die Mitwirkung inner eines Rechtsetzungsverfahrens und damit um einen Rechtsetzungsakt.

Anschließend lehnt er die Ansicht von BENDEL-BERNER-EMMERL ab, die Zuständigkeit der Gebietskörperschaft reiche von vornherein nur soweit, als eine von ihr beschlossene Verordnung nur mit VZE zustandekommen könne. Diese gesetzliche Regelung schliesse auch den Fall ein, daß die VZE vorweggenommen für Erteilung von Änderungsaufträgen abhängig gemacht werde. Fühle es sich übereinstimmenden Zusammenwirken zweier Rechtsetzungsorgane hinsichtlich einer Rechtsnorm, dann komme diese eben nicht zustande, für Erlaß der VZE. Rechtssetzungsorgans gegen das andere sei jeder Fall von Erlaß der Norm vom Parlament. Wollte man in diesen Fällen eine Verwaltungsfunktion der Verwaltung der gesetzgeberischen Ermessens zulassen, wäre verstoßen aus Verwaltungsverfahren des Verordnungsgeber. Eine solche vorweggenommene Normenentscheidung liege nicht im Sinne der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹⁰⁶⁾

Auch die Begründung, die KÄÄB-RÖSCH für das Vorliegen eines VAs geltend, erst die VZE vervollständige die Rechtsetzungsbefugnis der kommunalen Gebietskörperschaft und schaffe eine neue Rechtslage, wird von MÖRTEL ebenfalls eindeutig und zudem kein überzeugendes Argument für das Vorliegen eines VAs. Durch einen Erlaß könne eine Rechtsetzungsbefugnis weder geschaffen noch vervollständigt werden. Ebenso sei der Hinweis auf die Schaffung einer neuen Rechtslage eindeutig und unbestimmt. Daß eine Verordnung, die der VZE erlangte, nicht wirksam werden könne, ergebe sich nicht aus dem angeblichen VA-Charakter der VZE, sondern daraus, daß diese ein für das Zustandekommen der Verordnung unerläßlicher Rechtsetzungsakt sei.

Die Ansicht MÖRTELS scheint sich im Schrifttum durchzusetzen.^{106a)}

Wie schon hinsichtlich der Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen

105) Unter ausdrücklicher Ablehnung der a. A. von Schmitt, a.a.O., S. 405.

106) Zur vorweggenommenen Normenkontrollklage vgl. besonders den Beschl. des BVerwGs vom 4.4.1963, BayVBl 1963, S. 250.

106a) vgl. König, DÖV 1962, S. 885; derselbe, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, S. 191; Badura, DÖV 1963, S. 570.

vertritt OBERMAYER auch hinsichtlich der VZE die Theorie der Doppelnatur,¹⁰⁷⁾ Auch wenn das Rechtsetzungsverfahren der Schaffung von Rechtsnormen für die Allgemeinheit diene, bestünden keine dogmatischen Bedenken, einen Teilakt des gesamten Rechtsetzungsverfahrens als VA gegenüber der Gemeinde anzusehen.

Allgemeine Übereinstimmung herrschte auch hier bislang wieder darüber, daß die Gemeinde keinesfalls einen Anspruch auf Erteilung der VZE haben könne. Von dem eben geschilderten Standpunkt MÖRTELS aus ist dies selbstverständlich, da grundsätzlich niemand einen Anspruch auf Setzung einer Rechtsnorm haben kann.¹⁰⁸⁾

Aber auch BENGL-BERNER-EMMERIG und KÖNIG lehnen einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer VZE ausdrücklich ab,¹⁰⁹⁾ während sich das gleiche Ergebnis bei KÄÄB-RÖSCH, wenn auch unausgesprochen, aus den Bemerkungen über den Umfang der Prüfung vor Erteilung der VZE ergibt,¹¹⁰⁾ Auch hier vertritt aber OBERMAYER mit der schon oben.¹¹¹⁾ zitierten Begründung die Ansicht, die Gemeinde habe das subjektive öffentliche Recht auf Erteilung der VZE, wenn die Verordnung gegenüber den Betroffenen rechtmäßig und auch insoweit zweckmäßig ist, als nicht das öffentliche Wohl oder berechnigte Ansprüche einzelner eine andere Ermessensbetätigung zwingend erfordern. OBERMAYER will also Satzungen des übertragenen Wirkungskreises und Verordnungen nach dem LStVG gleich behandeln. Er geht hierbei nicht darauf ein, daß hinsichtlich der VZE die Schranken des Art. 109 GO durch § 6, Abs. 3 der Verordnung zur Ausführung des LStVG (AVLStVG) ausdrücklich aufgehoben sind. Auf die Bedeutung und Auslegung dieser Vorschrift wird im übrigen noch ausführlich einzugehen sein.¹¹²⁾

107) a. a. O., S. 275.

108) vgl. Urt. des BVerwGs vom 6. 6. 1958, BVerwGE 7, S. 82 f, und vom 1. 8. 1958, BVerwGE 7, S. 188.

109) Bengl-Berner-Emmerig, a. a. O., Art. 54, Anm. 3 b), König, a. a. O., S. 192.

110) a. a. O., Art. 54, Anm. 4-6.

111) vgl. oben S. 11.

112) vgl. unten, Abschn. IV, 4, S. 51.

ANHANG ZU ABSCHNITT II:

STAATLICHE MITWIRKUNG AN DER RECHTSETZUNG
SONSTIGER SELBSTVERWALTUNGSKÖRPERSCHAFTEN

Außer den Gemeinden hat der Gesetzgeber noch zahlreiche sonstige Selbstverwaltungskörperschaften die Autonomie verliehen.¹¹³⁾ Auch diese Satzungen bedürfen in der Regel einer staatsaufsichtlichen Genehmigung.¹¹⁴⁾ Da die Satzungs-gewalt solcher Körperschaften stets auf die Regelung eigener Angelegenheiten be-schränkt ist, können diese Satzungen durchaus mit den Gemeindefatzungen des eigenen Wirkungskreises verglichen werden.¹¹⁵⁾

Im Hinblick auf die vieldiskutierte Entscheidung des VfGH vom 12.7.1960¹¹⁶⁾ - aufgehoben durch das Urteil des BVerwG vom 14.5.1961¹¹⁷⁾ - sei hier bei-spielhaft der Erfaß autonomer Satzungen im gegebenen Fall einer Gebührenor-dnung, durch eine Handwerkskammer erörtert.¹¹⁸⁾ Ein reibungslos funktionierender Zustand einer solchen Gebührenordnung ist ein Ergebnis der Vollversammlung, die Genehmigung der obersten Landesbehörde und Verordnungsorgans der hierfür vorgesehenen Organen erforderlich.¹¹⁹⁾

113) Es handelt sich insbesondere um die Körperschaften des öffentlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bereichs. Vgl. Maunz in Mangz-Dürig, Art. 28, Rdnr. 26, so z.B. die Landesärzte-, Zahnärzte-, Tierärzte- und Apothekerkammern, geregelt im Gesetz über die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker - Kammergesetz - vom 15. Juli 1957, GVBl. S. 162, vgl. dazu Wehrmann, BayVBl 1959, S. 368; ferner die Industrie- und Handelskammern, geregelt im Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. Dezember 1956, BGBl. I, S. 820; ein bayerisches Hoch-schulgesetz ist in Vorbereitung.

114) vgl. etwa Art. 15; 16, Abs. 3; 24, Abs. 1; 28, Abs. 1; 36, Abs. 1 Kammer-gesetz; §§ 3, Abs. 2, S. 1; 4; 11, Abs. 1 des Gesetzes zur vorläufigen Rege-lung des Rechts der Industrie- und Handelskammern.

115) Menger, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 412, Fußn. 6.

116) BayVBl 1960, S. 187; vgl. auch Entsch. des OVG Münster vom 9.11.1955, AS 10, S. 184, 187.

117) BayVBl 1963, S. 283 f.

118) Zur lang umstrittenen Frage der Verfassungsmaßigkeit des Befähigungsnach-weises für das Handwerk vgl. den Beschl. des BVerfGs vom 17.7.1961, BayVBl 1961, S. 341= NJW 1961, S. 2011 und Maunz in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 453.

119) §§ 100, Abs. 1; 107, Abs. 3 HandwO.

Eine Handwerkskammer hatte eine Gebührenordnung nach § 100, Abs. 1, Nr. 4 HandwO beschlossen, das zuständige bayerische Ministerium für Wirtschaft und Verkehr hatte es aber abgelehnt, diese zu genehmigen. Der VGH wies die daraufhin erhobene Klage der Handwerkskammer auf Erteilung dieser Genehmigung als unzulässig ab.¹²⁰⁾ Die notwendige Genehmigung sei zwar eine staatliche Willenserklärung. Sie sei aber kein VA, sondern bilde einen integrierenden Bestandteil des sich aus der Beschlußfassung der Handwerkskammer, der staatlichen Genehmigung und der Bekanntmachung der Gebührenordnung zusammensetzenden körperschaftlichen Rechtsetzungsverfahrens und sei somit ein Akt der Rechtsetzung. Handwerkskammer und Staat müßten getrennt voneinander bestimmte rechtserhebliche Handlungen zum rechtswirksamen Zustandekommen der Gebührenordnung beitragen. In gleicher Weise stelle aber auch die Verweigerung der Genehmigung durch die oberste Landesbehörde nicht einen VA, sondern eine Entscheidung dieser Behörde in ihrer funktionellen Zuständigkeit als Rechtsetzungsorgan dar. Die Klage sei daher als Anfechtungs- wie als Verpflichtungsklage unzulässig. Sie könne auch dann keinen Erfolg haben, wenn man sie als sonstige öffentlichrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO ansehe, da das Gesetz der Handwerkskammer in den §§ 100, Abs. 1 + 2; 107, Abs. 3 HandwO keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung einräume. Ein solcher Anspruch könne auch nicht aus dem Recht der Selbstverwaltung hergeleitet werden, da dieses Recht nur nach Maßgabe der Gesetze gelte.

Eine genauere Begründung des Urteils ist höchstens den Zitaten aus Rechtsprechung und Literatur zu entnehmen. Insbesondere scheint sich der VGH auf die Rspr. des BVerwGs zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen,¹²¹⁾ und auf FRÖHLER,¹²²⁾ zu stützen. Die Entscheidung ist mit einer zustimmenden Anmerkung von MASSON versehen. Im Ergebnis, wenn auch mit einer anderen Begründung, stimmt ihr ferner BOCK zu.¹²³⁾

Einer ausführlichen Kritik hat MENDER die Entscheidung unterzogen.¹²⁴⁾ Auf die Einzelheiten dieser Besprechung kann hier nur verwiesen werden. Den entscheidenden Fehler des Urteils sieht MENDER darin, daß es letztlich lediglich auf einer

120) Urt. des VI. Senats vom 19. 7. 1960, BayVBl 1960, S. 289; a. A. noch derselbe Senat im Urt. vom 18. 6. 1959, DVBl 1960, S. 144 ff.

121) Urt. des BVerwGs vom 6. 6. 1958, BVerwGE 7, S. 82 f und vom 1. 8. 1958, BVerwGE 7, S. 188.

122) Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, 1957, S. 79, 89, 91, 103; anders noch Eyermann-Fröhler, Handwerksordnung, 1953, Anm. II, 1 zu § 100.

123) BayVBl 1962, S. 369 ff.

124) VerwArch Bd. 52 (1961), S. 410 ff.

These beruhe nämlich der Annahme einer "Interdependenz" zwischen Genehmigung und zu genehmigender Maßnahme in der Weise, daß die Genehmigung stets dieselbe Rechtsnatur haben müsse wie die zu genehmigende Maßnahme.¹²⁵⁾ Diese These lasse sich aber durch die Figur des privatrechtsgestaltenden VAs¹²⁶⁾ das auf Abgabe einer Willenserklärung lautende rechtsnützige Urteil¹²⁷⁾ und die Eintragsverfügung des Grundbuchrechtes¹²⁸⁾ widerlegen. Alle diese Akte hätten eine andere Rechtsnatur als der durch die Genehmigung gesetzte oder willendete "Zweitakt". Die Widerlegung MENCERS ist freilich, wie H. BOCK hinweist,¹²⁹⁾ nur eine "negative". Denn sie zeigt zwar, daß eine solche "Interdependenz" in Einzelfällen nicht besteht, nicht aber, daß sie in anderen Fällen nicht doch bestehen kann.

MENGER geht dann in seiner eigenen Lösung, mit MEYER übereinstimmend¹³⁰⁾ davon aus, daß die Rechtsetzung in ihren Gestaltungsmaßnahmen freier im Sinne einer schöpferischen Freiheit sei als die Exekution.¹³¹⁾ Demzufolge, daß Maßnahmen die Rechtsetzung qualitativ höherwertig seien als die Exekution. Eine Exekutivmaßnahme sei also im Zweifel eine Rechtmäßigkeit, wenn einer Maßnahme keine schöpferische Freiheit anzuwenden. Was nun die Rechtmäßigkeit der Exekution anbelangt, so müsse im Zweifelsfall eine Rechtmäßigkeitsprüfung desjenigen Hoheitsträgers vornehmen werden, dem diese Rechtmäßigkeit zukommt. Diese müsse zu verneinen. Falls aber der obersten Landesbehörde abgesprochen werden, dem die Genehmigung der Genehmigung zugehört. Im übrigen aber kommt es nur auf die inhaltliche Gestaltung der Genehmigung an. Demgemäß stimmt MENGER an dem Ergebnis, die Genehmigung bzw. die Verweigerung sei ein VA, das sich aus der Hoheit in der Gesetzgebung nachdem er den Handwerkskammern nur einmal das Recht der Selbstverwaltung zugestanden habe, diese hinsichtlich derartigen Frage wie dem Staat

125) vgl. Bock, a.a.O., S. 370; Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 152, 185; Fröhler, a.a.O., S. 89 ff; Turegg-Kraus, a.a.O., S. 71.

126) Merk, a.a.O., S. 826; Forsthoff, a.a.O., S. 62 ff, 464 f; Esser, Schuldrecht, 2. A., 1960, S. 37.

127) vgl. § 894 ZPO.

128) Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, 5. A., Bd. I, 1957, § 3, Anh. I, Anm. 250.

129) a.a.O., S. 370.

130) a.a.O., S. 81.

131) Unter Hinweis auf Art. 20, Abs. 3 GG, der die Gesetzgebung nur an die "verfassungsmaßige Ordnung", die vollziehende Gewalt dagegen an "Gesetz und Recht" bindet.

einer Gebührenordnung der Aufsichtsbehörde rechtsschutzlos gegenüberstellen wollte.

Letztlich deckt sich die Kritik MENGERS mit der bereits früher von ihm geäußerten Ansicht,¹³²⁾ daß der Begriff des VAs heute eigentlich nur noch insofern von Bedeutung sei, als von seinem Vorliegen oder Nichtvorliegen abhängt, ob und gegebenenfalls welcher Rechtsschutz zu gewähren sei.¹³³⁾

Inzwischen ist das Urteil des VGH auf die Revision der klagenden Handwerkskammer hin aufgehoben worden.¹³⁴⁾ Das BVerwG stellt fest, daß der VGH zwar mit Recht davon ausgegangen sei, daß die von der Handwerkskammer beschlossene Gebührenordnung als Akt der Rechtsetzung gewertet werden müsse. Auch bedürfe diese Gebührenordnung, um Dritten gegenüber rechtswirksam werden zu können, der Genehmigung der zuständigen Landesbehörde und der Veröffentlichung in den dafür bestimmten Organen. Daraus könne jedoch noch nicht gefolgert werden, daß diese Genehmigung als "integrierender Bestandteil des körperschaftlichen Rechtsetzungsverfahrens" die rechtliche Qualifikation der Gebührenordnung teile. Während die Frage, wie diese Genehmigung vom Standpunkt des der Gebührenordnung unterworfenen Staatsbürgers zu beurteilen sei, im gegebenen Fall keiner abschließenden Entscheidung bedürfe,¹³⁵⁾ weise sie im Verhältnis zur Handwerkskammer alle Merkmale des VAs auf, wie ihn die VwGO als einen durch Rechtsprechung und Rechtslehre fest geprägten Begriff voraussetze. Allgemein anerkannt sei, daß die der Aufsichtsbehörde vorbehaltene Genehmigung dann als VA zu werten sei, wenn es sich um eine Einzelmaßnahme der Handwerkskammer, sei es auf dem Gebiete des öffentlichen, sei es auf dem Gebiete des Privatrechts, handle. Die Rechtslage könne dann nicht anders bewertet werden, wenn es sich um die Genehmigung eines Rechtsetzungsaktes der Handwerkskammer handle. Auch in diesem Falle sei der obersten Landesbehörde lediglich ein Vetorecht eingeräumt, nicht aber sei sie zu einer Mitwirkung an der Rechtsetzung der Handwerkskammer dergestalt berufen, daß sie selbst auf die Ausgestaltung dieser Rechtsetzung im einzelnen Einfluß nehmen könne. Die in einem einheitlichen Aufsichtsrecht begründete Tätigkeit dieser

132) VerwArch Bd. 51 (1960), S. 373 ff, 376.

133) vgl. Czermak, NJW 1962, S. 832. Auch Forsthoff, a. a. O., S. 187, nimmt die Qualifikation verwaltungsrechtlicher Pläne mit Rücksicht auf den Rechtsschutz vor; Dürig, a. a. O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 24 a. E. spricht von "Verwaltungsakten im Sinne der Verwaltungsprozeßordnungen".

134) Urt. des VII. Senats vom 14. 5. 1963, BayVBl 1963, S. 283 ff.

135) Immerhin scheint der Senat der Theorie von der Doppelnatur zuzuneigen, wie sie etwa vom OVG Lüneburg - vgl. Anm. 49) - vertreten wird.

Behörde könne rechtlich nicht deshalb verschieden beurteilt werden, weil sich die Genehmigung in einzelnen Fällen auf VAe, in anderen auf Rechtsetzungsakte beziehe.

III. ABSCHNITT: EXKURS ZUR LÖSUNGSMETHODE

1. METHODISCHE UNZULÄNGLICHKEIT DER BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE

Dieser Überblick über wichtige Fälle staatsaufsichtlicher Mitwirkung an kommunaler Rechtsetzung zeigt uns jetzt schon, daß es nicht möglich sein dürfte, sämtliche erörterten Fälle in eine der vertretenen Theorien zu zwingen. Die Problematik ist zu verschieden, um bei all diesen Fällen zu einer einheitlichen Lösung, etwa im Sinne der Theorie von der Doppelnatur oder der Theorie des Nur-Rechtsetzungsaktes zu kommen.¹³⁶⁾ Im einzelnen wird dies im IV. Abschnitt noch dargelegt werden.

Scheidet sonach eine einheitliche Lösung aus, so muß es aber doch zumindest möglich sein, diese Fälle, die alle demselben Problemkreis "Abgrenzung zwischen Rechtsetzungsakt und VA" angehören, mit einer einheitlichen Methode anzugehen.

Unvertretbar dürfte es freilich sein, anhand einer einmal gewonnenen Überzeugung von der Rechtsnatur eines dieser Akte ohne weiteres auf die eines oder gar aller anderen zu schließen, etwa von der Rechtsnatur der VZE auf die Rechtsnatur der Genehmigung einer gemeindlichen Satzung oder umgekehrt,¹³⁷⁾ oder gar von der Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages, also einer nur entfernt verwandten Erscheinung, auf die Rechtsnatur von Satzungs genehmigungen.¹³⁸⁾ Einer Analogie muß stets die Feststellung vorausgehen, daß es sich auch um analoge Sachverhalte handelt, und zwar ist unbestritten eine Analogie immer nur dann gerechtfertigt, wenn eine Übereinstimmung der Sachverhalte in allen denjenigen Hinsichten besteht, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind.¹³⁹⁾ Zieht man Analogien ohne eine solche vorhergehende gründliche rechtliche Vergleichung der Sachverhalte, so hat dies eine Verwischung der entscheidenden Unterschiede zu Folge. Gerade die Herausarbeitung der Verschiedenheiten der einzelnen aufsichtlichen Mitwirkungsakte an kommunaler Rechtsetzung aber ist ein Hauptzweck dieser Arbeit.

136) So schlägt auch Salzwedel eine differenzierende Behandlung der staatlichen Mitwirkungsakte vor, vgl. oben S. 3, Anm. 17).

137) vgl. etwa Mörtel, BayVBl 1956, S. 362 ff a. E.

138) Urt. des VGH vom 19. 7. 1960, BayVBl 1960, S. 289.

139) Larenz, a. a. O., S. 288; zur Analogie speziell im öffentlichen Recht vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 153; Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., 1960, S. 211 f; Jesch, a. a. O., S. 4, 33, 64.

Da also eine Lösung des Problems der staatsanwaltschaftlichen Mitwirkungsakte im Wege gegenseitiger Analogie ausscheidet, muß die Lösung von einem gemeinsamen, übergeordneten Standpunkt aus gesucht werden. Ausgegangen ist dabei von den herkömmlichen Begriffen "Rechtsnorm" (im Hinblick auf die Einstufung "Rechtssetzungsakt") und "VA", die unter einem übergeordneten Gesichtspunkt gesehen werden müssen.¹⁴⁰⁾ Die letzte in L. definiert die "höherliche Gesetz" als abstrakt-generelle Rechtsregel, wobei sich die Abstraktheit auf den zu regelnden Sachverhalt, die Generalität auf den angesprochenen Personenkreis bezieht.¹⁴¹⁾ Dem gegenüber erscheint dann der VA als konkret-individuelle Regelung, was in den üblichen Definitionen des VAs¹⁴²⁾ als "Begehung eines Einzelfalles" zum Ausdruck kommt.

Freilich wird diese strenge rechtstheoretische Schematisierung von der VA-Seite her sofort aufgelockert durch die Figur der Allgemeinverfügung, die zwar zwar immer noch einen konkreten Sachverhalt, den Kreis der betroffenen Personen aber wird oft nur noch bestimmbar.¹⁴³⁾ Manchmal sogar "bestimmt", d. h. generell umschrieben sein.¹⁴⁴⁾

Danaeh läßt sich ein Schema zur Abgrenzung von Rechtssetzungsakt und VA in folgender Weise aufstellen:¹⁴⁵⁾

140) Die Begriffsbestimmung, die Obermayer, a. a. O., S. 141, für den VA gibt: "... jeder höherliche Rechtsakt mit wesentlichen mittelbarer Art mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber bestimmten Rechtsträgern, andere die der Gerichtsbarkeit und des Rechtssetzungsverfahrens ... deshalb für unsere Zwecke ungeeignet, weil sie den VA-Begriff in gänzlich anderer Abhängigkeit vom Rechtsnorm- und Urteilsbegriff sieht.

141) Die Definition in dieser Form geht zurück auf K. Thoma, *HandStR*, 86. II 1932, S. 124; vgl. schon "Der Polizeibefehl im Badischen Recht", 1906, passim; ferner Jesch, a. a. O., S. 13 f; Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 94 ff; Bachof, *Festschrift für Laforet*, 1952, S. 315, b. Fußn. 77; Engisch, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Berlinatenschaft in unserer Zeit*, 1953, S. 70, 186, 187; Volkmar, a. a. O., S. 47 ff; 70; 85 ff.

142) vgl. § 23 des MRVO Nr. 100, § 1 *BerVerwVerf* vom 2.10.1955, CVBl. S. 951; Urt. des BVerwGs vom 21.10.1955, BVerwGE 2, S. 273 ff.

143) Forsthoef, a. a. O., S. 154, stellt fest: "daß von einer Allgemeinverfügung eine "im Augenblick" nicht feststellbare Zahl von Personen betroffen sein kann; vgl. ferner Obermayer, a. a. O., S. 146.

144) In dem bekannten Endviensalat-Urteil vom 28.2.1961, BVerwGE 12, S. 87 ff, hinderten das BVerwG "partielle und ausscheidbare Unbestimmtheiten" nicht an der Annahme einer Allgemeinverfügung.

145) vgl. auch Volkmar, a. a. O., S. 76, 258.

	abstrakt	konkret
generell	mat. Gesetz	
		Allgemeinverfügung
individuell		VA

Das Schema wird aber auch von der Gesetzesseite her durchbrochen. Das Gesetz hat nämlich längst aufgehört, nur mehr abstrakt-generelle Regelung zu sein. Es hat diese Funktion und diesen Inhalt nur der rechtshistorisch einmaligen Situation der konstitutionellen Monarchie zu verdanken.¹⁴⁶⁾ Das Maßnahmegesetz in seinen verschiedenen Erscheinungsformen,¹⁴⁷⁾ dessen grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit heute nicht mehr bezweifelt wird,¹⁴⁸⁾ bringt weitere Übergänge. Es läßt sich in der Form des Einzelpersonengesetzes,¹⁴⁹⁾ und des Einzelfallgesetzes,¹⁵⁰⁾ noch einordnen:

146) Zusammen mit der ebenfalls bereits bestrittenen Unterscheidung von Gesetz im formellen bzw. materiellen Sinn wurde diese Lehre nur entwickelt, um die Kompetenzproblematik im Verhältnis von Exekutive und Legislative in der konstitutionellen Monarchie mit einer rationalen Formel in den Griff zu bekommen. Vgl. schon Gg. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 254; ferner Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958, passim; Jesch, a.a.O., S. 19 ff; Arndt, NJW 1963, S. 1273 f, 1275.

147) Zum Maßnahmegesetz: Carl Schmitt, VVDStRL H. 1, 1924, S. 97; Forsthoff, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221 ff; Hildegard Krüger, DVBl 1955, S. 758 f, 791 f; Menger, VVDStRL H. 15, 1957, S. 3 ff; Wehrhahn, ebenda, S. 35 ff; Schneider, Festschrift für C. Schmitt, 1959, S. 159 ff; Zeidler, Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, 1961; Hamann, Grundgesetz, Art. 19, Anm. B, 3 + 4, S. 196; Klein, in v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. A., seit 1955, Art. 19, Anm. III, 2; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 19, II, 1 b, c; Volkmar, a.a.O., S. 212 ff.

148) Maunz in Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 96-116, mit zahlreichen Nachweisen; Arndt, a.a.O., S. 1275; Engisch, Die Idee der Konkretisierung, S. 224 ff, 227; a. A. z.B. noch Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 151 f.

149) Maunz, a.a.O., Rdnr. 102.

150) Maunz, a.a.O., Rdnr. 103.

	abstrakt	konkret
generell	mat. Gesetz	Maßnahmegesetz i. d. Form des Einzelfall- gesetzes
		Allgemeinverfügung
individuell	Maßnahmegesetz i. d. Form des Einzelpersonengesetzes	VA

Durchaus denkbar ist aber auch eine Kombination Einzelfall-Einzelpersonengesetz,¹⁵¹⁾ die sich nur noch in der Rubrik konkret-individuell einordnen läßt, die bisher dem VA vorbehalten war. Darüber hinaus läßt sich das Maßnahmegesetz in der Form des Zeitgesetzes,¹⁵²⁾ mit diesem Schema überhaupt nicht mehr erfassen.

Schon aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß anhand der überkommenen Begriffe eine Abgrenzung zwischen Rechtsetzungsakt und VA zumindest in Zweifelsfällen nicht mehr möglich ist. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man versucht, unsere staatsaufsichtlichen Mitwirkungsakte unter einen dieser abstrakten Begriffe zu subsumieren.

Es zeigt sich nämlich, daß alle diese Akte, betrachtet man sie vom Standpunkt der betroffenen Gemeinde aus, einerseits zweifellos "Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts" sind, also als VAs angesprochen werden müssen. Andererseits sind sie unentbehrlicher und integrierender Bestandteil des jeweiligen Körperschaftlichen Rechtsetzungsverfahrens, das die Aufstellung abstrakt-genereller Rechtsnormen zum Ziele hat, müssen also auch als Rechtsetzungsakte angesprochen werden.

Geht man von den abstrakten Begriffen des VAs und des Rechtsetzungsaktes im dargelegten Sinne aus, dann läßt sich dieses Problem nicht lösen. Vom methodischen Ausgangspunkt "kontradiktorischer Gegensatz Rechtsetzungsakt - VA" aus erscheint die Annahme einer Doppelnatur in sich widersprüchlich.¹⁵³⁾ Diese An-

151) Maunz, a.a.O., Rdnr. 106; Bachof, Festgabe für Laforet, 1952, S. 315.

152) Maunz, a.a.O., Art. 20, Rdnr. 106.

153) Besonders deutlich wird dies vom Standpunkt der VA-Definition Obermayers aus, vgl. oben, Anm. 140). Wenn der VA eine "Maßnahme außerhalb der Rechtsetzung" ist, wie kann er dann zugleich Rechtsetzungsakt sein?

nahme hat zudem auch die mißliche Folge, daß man davon sprechen muß, es liege ein VA gegenüber einer bestimmten Gemeinde, oder es liege ein Rechtsetzungsakt gegenüber der Allgemeinheit vor. Damit bringt man ein Kriterium in diese Begriffe hinein, das vorher nicht in ihnen enthalten war. Hiermit ist nämlich nicht gemeint, daß dieser VA an einen bestimmten Adressaten gerichtet sei - eine Verwechslung, die nahe liegt -, sondern vielmehr, daß dieser VA ein VA nur diesem einen Rechtssubjekt gegenüber sei. Eine solche Rechtsfigur entspricht nicht der herkömmlichen Lehre vom VA. Richtiger Ansicht nach ist doch ein VA, der an einen bestimmten Adressaten gerichtet wird, etwa die Baugenehmigung, die einem Bauwerber erteilt wird, ein VA gegenüber und im Verhältnis zu jedermann, und Dritte dürfen ihn nicht deshalb überhaupt nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anfechten, weil ihnen gegenüber kein VA vorliegt,¹⁵⁴⁾ sondern weil das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes keine Popularklage kennt.^{154a)}

Auch der von BOCK vorgeschlagene Weg,¹⁵⁵⁾ ist nicht gangbar. Er läuft darauf hinaus, die Rechtsnatur dieser Akte auch als VAe, durch den Hinweis auf das Prinzip der Gewaltenteilung nur schwach begründet,¹⁵⁶⁾ einfach zu leugnen. Von ihren methodischen Prämissen aus,¹⁵⁷⁾ ist es nicht einzusehen, wieso es ein Trugschluß (!) sein soll, wenn man einen Hoheitsakt, der sämtliche Definitionsmerkmale eines VAs aufweist, auch als solchen anspricht.¹⁵⁸⁾ Sehr richtig stellt demgegenüber OBERMAYER fest,¹⁵⁹⁾ daß sich die Frage, ob ein bestimmter Akt von einem Begriff erfaßt werde, nur in der Weise lösen lasse, daß man das Vorliegen der dem Begriff zugehörigen Kriterien prüft.

Die einzige Auffassung, die nicht schon aus logischen Erwägungen abgelehnt wer-

154) vgl. dazu insbesondere Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 38; zu den Anfechtungsmöglichkeiten des Nachbarn im Baurecht vgl. Urt. des BVerwGs vom 13.1.1961, DVBl 1961, S. 408 m. Anm. Menger; Entsch. des BayVerfGHs vom 20.6.1961, DÖV 1961, S. 622 f; Obermayer, a.a.O., S. 146, und JuS 1963, S. 110 ff; Schäfer, DVBl 1962, S. 844 f.

154a) vgl. unten V. Abschnitt, S. 61, Anm. 307).

155) BayVBl 1962, S. 369 ff.

156) vgl. dazu unten IV. Abschnitt, S. 54 f.

157) Wenn sie, a.a.O., S. 371, feststellt, daß es für die Charakterisierung eines Hoheitsaktes nur ein "entweder - oder" geben könne, so zeigt dies deutlich, daß sie von dem abstrakten Begriffspaar "Rechtsnorm - VA" im dargelegten Sinne ausgeht.

158) a.a.O., S. 372, Zusammenfassung.

159) Anm. zu der Entsch. des BVerwGs vom 3.5.1956, NJW 1956, S. 1849 f.

den muß, scheint uns die von VOLKMAR inhaltlich eines verwandten Problems, nämlich der gebietlichen Organisationsakte, vertreten zu sein. Gedacht ist hierbei etwa an die staatlicherseits verfügte Eingemeindung von Gemeuterteilen, die Eingemeindung bestehender Gemeinden und die Auflösung von Gemeinden.¹⁶⁰ VOLKMAR stellt hierzu fest, die e Akte enthalten sowohl konkret-individuelle wie auch abstrakt-generelle rechtlich erhebliche Regelungen.¹⁶¹ Trotzdem, dürfen ihnen keine Doppelnatur zugesprochen werden.¹⁶² Bei rechtswidriger Betrachtung handle es sich nämlich gar nicht um ein und denselben Akt, der einmal als abstrakt, einmal als konkret angesprochen werden. Vielmehr beziehe sich die e Aussage auf zwei verschiedene, weniggleich miteinander verbundene und gleichseitig erlassene Hoheitsakte. Diese Ansicht könnte man auch auf unser Problem übertragen, und etwa die Auffassung vertreten, die staatsanwaltliche Genehmigung von gemeindlichen Rechtsetzungsakten enthalte in Wahrheit zwei streng voneinander zu unterscheidende Hoheitsakte, einmal den VA, der der Gemeinde die Ausübung ihrer Rechtsetzungsbefugnis ermögliche, und zum anderen einen als Rechtsetzungsakt zu bezeichnenden "Baustein" des gemeindlichen Rechtsetzungsverfahrens, der Voraussetzung des der Allgemeinheit gegenüber rechtswirksamen Zustandekommens der betreffenden Satzung oder Verordnung sei.¹⁶³

Diese Auffassung führt in der Tat zu logisch vertretbaren Ergebnissen. Sie hat aber den Nachteil, daß sie gewaltsam den einheitlichen, autonome rechtfertigenden Hoheitsakt "Genehmigung" auseinander reißt. Auch erscheint es zweifelhaft, ob sie sich mit den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen vereinbaren läßt, die alle von einem einzigen Hoheitsakt - Genehmigung oder VZG - ausgehen. Auf jeden Fall führt sie in der Frage des Rechtsschutzes zu ganz untragbaren Konsequenzen. Wenn wir nämlich - spätere Ausführungen vorwegnehmend - etwa eine Verpflichtungsklage einer Gemeinde für zulässig halten, die die Genehmigung einer vom ihr geplanten Satzung für zu Unrecht verweigert hält, dann könnte diese Klage nach dieser Auffassung selbstverständlich nur zu einer Verurteilung der Aufsichtsbehörde führen, den Teil der Genehmigung vorzunehmen, der als VA zu qualifizieren ist.

160) vgl. Volkmar, a.a.O., S. 192 ff; ferner Art. 9, Abs. 2 BV; Art. 11 GO; Art. 8 LKRö; Entsch. des BayVerfGHs vom 27.11.1954, VerwRspr. 7, 782; Urf. des VGH vom 20.1.1956, BayVBl 1956, S. 12 ff mit Anm. Obermayer; in BayVBl 1958, S. 69, und in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 267, entscheidet sich Obermayer wiederum für Doppelnatur.

161) vgl. Volkmar, a.a.O., S. 192 ff.

162) Volkmar, a.a.O., S. 199 f.

163) Eine ähnliche Ansicht wird von Schotthöfer, BayVBl 1957, S. 241 f, bezüglich bestimmter Anordnungen nach dem NatSchG vertreten; vgl. dazu Sening, BayVBl 1963, S. 301 ff.

Der Gemeinde wäre damit aber gar nicht gedient, da der Satzung dann zu ihrem rechtswirksamen Inkrafttreten immer noch der notwendige Rechtsetzungsakt der Aufsichtsbehörde fehlen würde. Auch VOLKMAR scheint sich über diese Konsequenz seiner Auffassung für die Frage der Anfechtbarkeit im klaren gewesen zu sein.¹⁶⁴⁾

2. DER ÜBERGANG VON DER ABSTRAHIERENDEN ZUR TYPISIERENDEN METHODE UND DEREN ANWENDUNG AUF UNSEREN FALL

Daraus, daß die hergebrachte Systematik in bestimmten Fällen keine klaren Abgrenzungen mehr ermöglicht, darf nun freilich nicht der Schluß gezogen werden, diese müsse als unbrauchbar gänzlich aufgegeben werden. Für den Regelfall wird es dabei bleiben, daß ein Gesetz oder eine sonstige Rechtsnorm abstrakt-generelle, ein VA konkret-individuelle Entscheidungen enthält. Falsch wäre es nur, wie bisher mit dem abstrakten Begriffspaar "Rechtsnorm-VA" im dargelegten Sinne zu arbeiten.¹⁶⁵⁾ Dem bloß abstrahierenden Denken wohnt eine Tendenz zur Sinnentleerung und zur Ausbildung kontradiktorischer Gegensätze inne, die zwar zum Aufbau eines logischen Systems, schließlich aber nicht mehr zu einer tieferen Erkenntnis der Fülle der Erscheinungen befähigt.¹⁶⁶⁾ In Wirklichkeit geht ein lückenloses System abstrakter Begriffe nie auf: Die als kontradiktorisch gedachten Gegensätze sind wenigstens zum Teil nur konträr, die Grenzen nur scheinbar fest, Zwischenstufen und Mischformen relativieren die Gegensätze.¹⁶⁷⁾

164) Volkmar, a. a. O., S. 200, Fußn. 137; vgl. auch Sening, a. a. O., S. 304, insbes. Fußn. 11.

165) Über die zahlreichen Bedeutungen des "Abstrakten" in Logik und Ontologie vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung, S. 1 ff. Hier wird der Ausdruck "abstrakter Begriff" im Sinne von Allgemeinbegriff verwendet; vgl. zu dieser Bedeutung Engisch, a. a. O., S. 8 ff; Schmidt-Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, 15. A., 1960, Stichworte Begriff und Abstraktion, S. 4, 54, 55; Larenz, a. a. O., S. 322 ff, 329. Danach bezeichnet ein abstrakter oder Allgemeinbegriff ein allgemeines von Gegenständen, das in jedem einzelnen Gegenstand "verwirklicht" ist, an dem sämtliche Merkmale des Begriffs als vorhandene Eigenschaften nachgewiesen werden können. Gewonnen wird dieser Begriff durch den Denkvorgang der "Abstraktion", der dazu dient, vom Einzelnen, Zufälligen, Unwesentlichen das Allgemeine, Notwendige und Wesentliche abzuheben, Schmidt-Schischkoff, a. a. O., Stichwort Abstraktion, S. 4.

166) Hier und im folgenden wird z. T. wörtlich aus Larenz, a. a. O., S. 329 ff, zitiert.

167) Larenz, a. a. O., S. 332.

Einen solchen Fall der Ausbildung kontradiktorischer Gegensätze stellt auch, wie wir gesehen haben, das Begriffspaar "Rechtsnorm - VA" im System der rechtlich relevanten Staatsakte dar. Daß es seiner Aufgabe, eine tiefere Erkenntnis und Gliederung aller staatlichen Hoheitsakte zu ermöglichen, nicht mehr gerecht wird, kann wohl nicht mehr bezweifelt werden.

Demgemäß muß die abstrahierende Methode dort, wo die Unterscheidungen nicht oder nicht mit genügender Sicherheit ermöglicht, durch eine andere ersetzt werden. Für unseren Fall bietet sich dazu die typisierende Methode an.¹⁶⁸⁾ Denn während die Abstraktion nur ein "entweder - oder" kennt, erlaubt die Aufteilung von Typen auch die Erkenntnis von Mischtypen und Übergangsformen. Wie ENGISCH sagt,¹⁶⁹⁾ beruht dies darauf, daß allen modernen Auffassungen vom Typus und allen Gegenüberstellungen von Typus und Allgemeinbegriff der Gedanke zugrundeliegt, daß der Typus auf die eine oder andere Weise konkreter ist als der allgemeine Begriff. Von diesem unterscheidet sich der Typus dadurch, daß er nicht wie dieser durch bestimmte Merkmale definiert, sondern beschrieben wird. Dadurch wird er inhaltlich reicher als der ihm zugeordnete abstrakte Begriff.¹⁷⁰⁾ Dazu kommt noch, daß der Typus im Gegensatz zum abstrakten Begriff "offen" ist, d.h., daß er nicht in dem strengen Sinne wie dieser durch eine abschließende Anzahl von Merkmalen definiert ist,¹⁷¹⁾ sondern daß bestimmte Merkmale zwar als eben "typisch" anzusehen sind. Abweichungen davon

168) Der typisierenden Methode, die in allen Geisteswissenschaften üblich ist, haben sich in der Rechtswissenschaft u. a. bedient, bzw. es haben zu ihr Stellung genommen: Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Neudruck, 1960, S. 30 ff; Sauer, *Juristische Methodenlehre*, 194, § 20; Radbruch, *InternZfThdR* 12 (1938), S. 46-54, und in *Festschrift für R. Laun*, 1948, S. 157 ff; Engisch, *a. a. O.*, S. 237 ff; Larenz, *a. a. O.*, S. 333 ff; H. J. Wolff, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, Studium Generale 1952, S. 195 f. 199, sieht die Berechtigung der typologischen Methode in der Rechtswissenschaft darin, daß das Recht die Funktion habe, das soziale Leben zu ordnen, während die komplexen Erscheinungen dieses sozialen Lebens nicht scharf gegeneinander abgegrenzt seien. Vgl. dazu auch Sax, *Festschrift für Hermann Nottarp*, 1961, S. 133 f, 135.

169) Die Idee der Konkretisierung, S. 262.

170) Larenz, *a. a. O.*, S. 340. Gerade die Möglichkeit einer Zuordnung von abstraktem Begriff und Typus läßt die Verbindung von abstrahierender und typisierender Methode fruchtbar erscheinen; Letztere kann dann eingreifen, wenn die für die juristische "Routine" geschaffene und unentbehrliche abstrahierende Methode versagt.

171) Larenz, *a. a. O.*, S. 343.

aber doch möglich sein können. Stärkere Abweichungen sind dann als "Sondertypen" oder gar als "atypisch" zu kennzeichnen.

Typen stehen sich sonach auch nicht als kontradiktorische Gegensätze, sondern als "Gegentypen" gegenüber, die u. U. sogar durch eine ganze "Typenreihe" miteinander verbunden sind.¹⁷²⁾ Gerade durch die Bestimmung des "Standortes" eines zu untersuchenden Phänomens in einer solchen Typenreihe kann man zu einer Erkenntnis seines Wesens gelangen, die der abstrahierenden Betrachtung versagt bleiben muß.^{173) 174)}

Auf unser Problem der Abgrenzung von Rechtssetzungsakt und VA angewandt, ergibt sich aus diesen methodischen Erörterungen folgendes: Da das abstrakte Begriffspaar "Rechtsnorm-VA" nicht ausreicht, sämtliche Erscheinungen mit genügender Genauigkeit einzuordnen und zu bestimmen, erscheint es angebracht, diese Hoheitsakte als "Typen" aufzufassen. Es stehen sich dann gegenüber der Typus "Rechtsnorm (Rechtssetzungsakt)" und der Typus "VA", ersterer gekennzeichnet dadurch, daß er regelmäßig eine abstrakt-generelle, letzterer dadurch, daß er regelmäßig eine

172) Larenz, a. a. O., S. 349; H. J. Wolff, a. a. O., S. 204, ferner Lehrbuch, § 31, I, c), 2, spricht von "Typen mit fließenden Übergängen".

173) vgl. Engisch, a. a. O., S. 244 unten; Larenz, a. a. O., S. 349 f.

174) Es kann hier der Einwand gebracht werden, ob sich im öffentlichen Recht - als diesem näherstehend - zur Ablösung der abstrahierenden begriffsjuristischen Methode an Stelle der typisierenden Methode nicht besser die "institutionelle" Rechtsauffassung Forsthoffs eignet, vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 151 ff. Unter Rechtsinstituten versteht Forsthoff "gestalt hafte Gebilde", die je ein "Sinn-ganzes" sind. Dabei werden "Sinn" und "Sein" im Begriff des Institutes zusammen-gedacht, vgl. Larenz, a. a. O., S. 138. Zur Klarstellung zitiert Forsthoff Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1. Bd., 3. A., 1924, S. 113: "Das Rechtsinstitut ist ein Hilfsmittel der Rechtswissenschaft zur Beherrschung der Fülle von Stoff, welche die Rechtsbeziehungen der von ihr beobachteten Rechtssubjekte darbieten. Sie führt darin das Ganze zurück auf gleichbleibende Einheiten, in deren ständiger Wiederholung es besteht."

Demnach scheint diese institutionelle Methode Forsthoffs nur eine besondere Ausprägung der allgemeinen typisierenden Methode zu sein. Zudem aber wird sie von Forsthoff eigentlich nur in ihren Grundzügen skizziert, um dann sogleich auf den konkreten Fall, die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts, angewendet zu werden. Ihre Einzelheiten müßten also erst aus ihrem Ergebnis eben dem Forsthoffschen Lehrbuch, rückerschlossen werden, ein nicht gerade praktikables Verfahren!

konkret-individuelle rechtliche Regelung enthält. Bei Betrachtung dieser beiden "Gegentypen" rechtlich relevanter Staatsakte kommt dazu die Erkenntnis der grundsätzlichen Überordnung, des "Vorranges" der Rechtssetzungsgesetze, wie er sich unter der grundgesetzlichen Ordnung an Art. 20, Abs. 2 ergibt.¹⁷⁵⁾ Dem entspricht es, wie MENDER feststellt,¹⁷⁶⁾ daß die Gesetzgebung in ihren Gestaltungsmöglichkeiten freier im Sinne einer schöpferischen Freiheit ist als die Exekutive. Sehr treffend erscheint in diesem Zusammenhang der Ausspruch von MAUNZ: "Gesetzgebung sei Rechtsanwendung höherer Ränge als bürgerliche Verwaltungsanwendung."¹⁷⁷⁾ Dieser größere Spielraum der Gesetzgebungswirkung äußert sich demgemäß in der Zubilligung eines "besonderen" "Gesetzesbereiches" durch die Rechtsprechung,¹⁷⁸⁾ und Literatur.¹⁷⁹⁾

Während uns die - eben an "Gesetz und Recht" - "gebundene" Verwaltung auf Schritt und Tritt begegnet,¹⁸⁰⁾ während selbst der Ermessenscharakter der Verwaltungsbehörde,¹⁸¹⁾ ein Rechtsanspruch des Bürgers auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens entgegengesetzt werden kann,¹⁸²⁾ ist der Staatshoher grundsätzlichen keinen, etwa im Wege der Verfassungsbeschwerde verfolgbaren Anspruch auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers.¹⁸³⁾ Selbst in den Ausnahmefällen aber - in denen

175) Jesch. a.a.O., S. 173, 174: Der Vorrang des Gesetzes kennt keine Grenzen und keinen freien Raum.

176) vgl. oben S. 22.

177) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 117; vgl. auch Lorenz, Staatslexikon, 1957 ff., Art. Ermessen S. 14.

178) vgl. etwa die Entsch. des BVerfG vom 1. 4. 1952, BVerfGE 1, 27 ff. vom 22.4.1953, BVerfGE 2, 224; vom 7.5.1953, BVerfGE 2, 280; vom 3.6.1954, BVerfGE 3, 394; vom 1.8.1953, BVerfGE 3, 19, 24; vom 11.8.1954, BVerfGE 4, 41; vom 1.12. 1954, BVerfGE 4, 127 ff; vom 23.1.1957, BVerfGE 6, 94; vom 11.6.1958, BVerfGE 7, 404; vom 14.10.1958, BVerfGE 8, 195; weitere Nachweise bei Maunz, a.a.O., Art. 20, Rdnr. 117, bei Fußn. 3.

179) Lerebe a.a.O., und DVBl. 1958, S. 523; derselbe, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 86 ff; Maunz, a.a.O., Art. 20, Rdnr. 117-123; Art. 72, Rdnr. 14 ff; vgl. aber auch Hamann, Grundgesetz, Einführung, S. 47.

180) Merk, a.a.O., S. 794, h. L. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31, I. Obermayer, NJW 1963, S. 1177 ff.

181) H.J. Wolff, a.a.O., § 31, II, S. 141 ff.

182) BVerwGE 2, 163 ff, 167, 170; 3, 279 ff.

183) Beschl. des BVerfG vom 19.12.1951, BVerfGE 1, 27 ff; und vom 24.4.1953, BVerfGE 2, 237 ff, 244; kennzeichnend für die ältere Lehre etwa Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. A., 1905, S. 80, Fußn. 1: Daß Individualansprüche an die Gesetzgebung unmöglich sind, kann als communis opinio gelten.

ein subjektiver öffentlichrechtlicher Anspruch auf Vornahme eines objektivrechtlich, nämlich durch Verfassungsauftrag gebotenen Rechtsetzungsaktes besteht,¹⁸⁴⁾ ist allenfalls eine verfassungsgerichtliche Feststellungs-, nicht Leistungsklage möglich.¹⁸⁵⁾

Zwischenformen, Sondertypen zwischen den so beschriebenen Hoheitsakten "Rechtsetzungsakt-VA" bilden dann jene Akte, deren eindeutige Subsumierung unter einen der für die meisten Fälle ausreichenden abstrakten Begriffe nicht möglich ist. Sonderformen des Gesetzes stellen dann etwa die verschiedenen Ausprägungen des Maßnahmegesetzes dar. Da die angeführten Merkmale nicht erschöpfend im Sinne einer Definition sein können und sollen, bereitet z.B. auch die Eingliederung des Zeitgesetzes durch Zufügung eines diesbezüglichen Merkmals an den Typus "Rechtsnorm" keine Schwierigkeit.

Damit soll freilich nicht angedeutet werden, daß etwa alle der auf S. 2 angeführten Institutionen, wie Verkehrszeichen, Widmungen, Pläne etc., solche Zwischenformen zwischen VA und Rechtsnorm seien. Man wird durchaus im einen oder anderen Fall zu einer eindeutigen Subsumtion kommen können, worauf freilich hier nicht eingegangen werden kann.¹⁸⁶⁾

Für unseren Fall der staatsaufsichtlichen Mitwirkungsakte an kommunaler Rechtsetzung jedenfalls scheint uns diese typisierende Betrachtungsweise das geeignete Rüstzeug zu sein. Wie schon festgestellt, tragen sie Elemente sowohl des herkömmlichen VAs-, wie auch des Rechtsnormbegriffes in sich. Sie kann man daher in der Tat als Mischformen zwischen beiden Hoheitsakten auffassen, was uns die typisierende Methode ermöglicht.

Diese pauschale Feststellung darf freilich nicht genügen. Denn mit der bloßen Bezeichnung als Mischformen ist noch nichts gewonnen. Vielmehr gilt es, für jeden

184) Mit überzeugender Begründung ist insbesondere Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1962, S. 98, 100 ff, für die Möglichkeit eines subjektiven öffentlichrechtlichen Anspruchs auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers für den Fall eingetreten, daß durch seine Untätigkeit Grundrechte von Bürgern verletzt werden; vgl. auch schon Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959, S. 12.

185) Beschl. des BVerfGs vom 20.2.1957, BVerfGE 6, 257; Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 18 dd.

186) Ob sich freilich alle diese Kontroversen auf terminologische Fragen zurückführen lassen, wie es Obermayer, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 146, bei Fußn. 13, für den Fall der Allgemeinverfügung andeutet, ist zweifelhaft.

einzelnen Fall zu untersuchen, inwiefern gerade dieser Akt mehr zum Typus VA, jener mehr zum Typus Rechtsetzungsakt tendiert. Kurz gesagt, es gilt, den "Standort" jedes dieser Akte in der zwischen den beiden Gegentypen gespannten "Reihe" zu bestimmen.

IV. ABSCHNITT: DIE "TYPENREIHE" DER STAATSAUFSICHTLICHEN MITWIRKUNGSÄKTE

Sämtliche Fälle staatsaufsichtlicher Mitwirkung an kommunaler Rechtsetzung, die wir im II. Abschnitt kennengelernt haben, stellen nach unseren bisherigen Erörterungen Mischformen zwischen VA und Rechtssetzungsakt dar. Trotz dieser Gemeinsamkeit unterscheiden sie sich aber auch: Die Stellung der Gemeinde im Verhältnis zur staatlichen Aufsichtsbehörde ist von mal zu mal verschieden. Dem entsprechend ist in den einzelnen Fällen die Aufsichtsbehörde in ihrer Entscheidung freier oder gebundener.

Vergegenwärtigt man sich nun die obigen Ausführungen über die typischen Erscheinungsformen von Rechtssetzungsakt und VA, so liegt der Schluß nahe, die Ausgestaltung des Verhältnisses von Gemeinde und Aufsichtsbehörde als jeweils entscheidendes Kriterium für eine Einordnung dieser Akte ins System der Hoheitsakte anzusehen. Eine solche Einordnung soll nun im folgenden vorgenommen werden, wobei zu den bisher nur aufgezeigten Kontroversen Stellung zu nehmen sein wird und auch etwa neu auftretende Fragen beantwortet werden müssen.

1. DIE GENEHMIGUNG EINES GEMEINDLICHEN BEBAUUNGSPLANES

Hier ist die Stellung der Gemeinde sehr stark. Die Aufsichtsbehörde ist auf bloße Rechtsaufsicht beschränkt.¹⁸⁷⁾ Die Gemeinde hat dementsprechend einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, der zwar nur von zwei Autoren ausdrücklich hervorgehoben wird, Anm. 31), der sich aber ganz eindeutig schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt.¹⁸⁸⁾ Damit überwiegen in diesem Fall die Elemente des VAs. Von einer "schöpferischen Freiheit" der Aufsichtsbehörde kann nicht gesprochen werden. Die Annahme, die Genehmigung sei ein bloßer Rechtssetzungsakt, muß schon daran scheitern, daß grundsätzlich,¹⁸⁹⁾ niemand einen Anspruch auf Rechtsetzung haben kann, Anm. 183), wie es hier aber der Fall wäre. Das ändert aber

187) vgl. oben Anm. 30); zur Rechtsaufsicht im übrigen Gemeinwesen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 511 ff.

188) §§ 11, S. 3; 6, Abs. 2 BBauG; "Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn der Bebauungsplan nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder diesem Gesetz, den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht."

189) Von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, vgl. oben S. 30, Anm. 184).

nichts daran, daß nach unserer Ansicht diese Genehmigung auch Elemente des Rechtsverzugesaktes enthält. Insofern ist sie das Inkrafttreten abstrakt-genereller Rechtsnormen ermöglicht. Nur überwiegt eben der VA-Charakter.

Eine solche Lösung, die sich in ihren praktischen Auswirkungen, wenn auch nicht in ihren methodischen Prämissen, stark der Lehre von der Doppelatur annähert, steht sich wie diese zwei Einwände entgegen, nämlich der Lehrsatz von der "Interdependenz" zwischen aufsichtlicher Genehmigung und Zustimmung der Maßnahme,¹⁹⁰⁾ und dem Einwand BOCKS, das Prinzip der Gewaltenteilung erfordere eine eindeutige klare Unterscheidung zwischen Akten der Legislative und solchen der Exekutive. Diese beiden Einwände können es und sie auch nicht nur im Sonderfall der Genehmigung eines Schaltungsplanes, sondern gerade bei der Vermitlung insgesamt vorgebracht werden. Sie sollen aber hier, an geeigneter Stelle, ein für alle mal erörtert und widerlegt werden.

Was nun die Lehre von der "Interdependenz" anlangt, so fällt auf, daß von allen Autoren, die sie vertreten, nicht einmal der Versuch einer Begründung gegeben wird.¹⁹¹⁾ Sie findet sich überall nur als These. In ihrer allgemeinen Form ist sie widerlegt durch MENDER,¹⁹²⁾ der den negativen Nachweis geführt hat, daß es bestimmte Fälle gibt, in denen von einer solchen Interdependenz keine Rede sein kann. Damit bleibt freilich immer noch die Möglichkeit, daß in anderen Fällen trotzdem beide Akte die gleiche rechtliche Qualität aufweisen. In den Fällen, in denen zu dem VA einer bestimmten Staatsbehörde oder eines Selbstverwaltungsorgans eine Einwilligung oder Zustimmung einer anderen, meist übergeordneten Behörde erforderlich ist, oder in denen für "Einschmelzen" mit einer anderen Behörde gehandelt werden muß, ist es durchaus denkbar, daß sich dieser Zweitakt seinerseits nicht als innerdienstlicher Rechtsakt, sondern als selbständiger VA darstellt.¹⁹³⁾ Ob aber eine solche Interdependenz vorliegt oder nicht, kann nicht auf Grund einer generellen These bestimmt werden, sondern ist für jeden einzel-

190) vgl. oben S. 21, 22.

191) vgl. die Nachweise in Anm. 125).

192) vgl. oben S. 22.

193) Nach der Rspr. des BVerwG ist das dann der Fall, wenn das Mitwirkungsrecht der anderen Behörde eine derart selbständige Bedeutung hat, daß ihr die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die Alleinvertretung besondere Gesichtspunkte übertragen (s. vgl. Urf. vom 10. 7. 1958, BayVBl 1958, S. 88 mit Anm. Kratzer, vom 28. 5. 1958, NJW 1958, S. 2088; Böhm, DÖV 1958, S. 72; Obermayer, DVBl 1958, S. 145; Mang, BayVBl 1959, S. 82 ff; Heinze, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 159 ff, 275 ff; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, S. 721; Schrödter, DVBl 1962, S. 743 ff; Czermak, NJW 1963, S. 703 f.

nen Fall gesondert zu untersuchen.¹⁹⁴⁾ Hinsichtlich der Genehmigung eines Bauungsplanes hat diese Untersuchung eben ergeben, daß das Normsetzungsrecht im wesentlichen der Gemeinde zusteht, der Zustimmungsakt der Aufsichtsbehörde also überwiegend VA-Charakter hat.

Schwerer zu nehmen ist schon der Einwand BOCKS, das Prinzip der Gewaltenteilung lasse eine Vermischung von Rechtsetzungsakt und VA nicht zu. In der Tat scheint die Annahme von Mischformen ebenso wie die Lehre von der Doppelnatur zu diesem Prinzip in Widerspruch zu stehen. Bevor man aber einen solchen Widerspruch endgültig konstatiert, muß selbstverständlich Inhalt und Ausmaß dieses Prinzips im Rahmen des Grundgesetzes und der bayerischen Verfassung klargestellt werden.¹⁹⁵⁾

Das Montesquieusche Prinzip ist in Art. 20, Abs. 2, S. 2 GG festgelegt.¹⁹⁶⁾ In ähnlicher Weise geht auch die BV in ihren Art. 4 und 5 von einem Gewaltenteilungsschema im Sinne der konventionellen Lehre aus.¹⁹⁷⁾ Freilich gewinnt in der Literatur immer mehr die Ansicht von der Mangelhaftigkeit dieses "recht oberflächlichen Dreierschemas" die Oberhand.¹⁹⁸⁾ Der Haupteinwand ist, daß durch dieses Schema empirisch feststellbare weitere "Gewalten" überhaupt nicht erfaßt werden, etwa die verfassunggebende Gewalt,¹⁹⁹⁾ die auswärtige Gewalt,²⁰⁰⁾ die Verteidigungsgewalt.²⁰¹⁾ Der Zweck der Festlegung unserer Verfassung auf die konventionelle Dreigewaltenlehre soll aber gar nicht der sein, einen

194) Auch Lohr, a.a.O., S. 101, lehnt die Lehre von der Interdependenz ab.

195) Erstaunlicherweise fehlt eine solche Klarstellung bei Bock, BayVBl 1962, S. 369 ff.

196) Die Festlegung des Prinzips wiederholt sich in den Art. 1, Abs. 3; 19, Abs. 1, S. 1; 20, Abs. 3; 80, Abs. 1; 92-97; ferner in den Überschriften zu den Abschnitten VII-IX; so Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 75; Baade, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland, 1962, S. 207 f.

197) Kratzer, BayVBl 1962, S. 293 ff.

198) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 76.

199) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 75; Henke, Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes, 1957, S. 24 f, 123 ff.

200) Menzel, Lehrbuch des Völkerrecht, 1962, S. 63, 228, 230 ff; Baade, a.a.O., S. 60 ff, 77 ff, 213 ff.

201) Lepper, Die verfassungsrechtliche Stellung der militärischen Streitkräfte im gewaltenteilenden Rechtsstaat, 1962, S. 79 ff; weitere Nachweise bei Dürig, a.a.O., Art. 45 a, Schrifttumsnachweis und Rdnr. 8 ff.

"empirischen Befund tatsächlicher Machtverhältnisse" zu geben.²⁰²⁾ sondern es handelt sich um eine rechtliche und politische "Tat",²⁰³⁾ um eine politische "Grundentscheidung" im Sinne der Dreifunktionslehre LOEWENSTEINS.²⁰⁴⁾

Ihre Bedeutung liegt in der politischen Machtverteilung, dem Ineinandergreifen der drei Gewalten und der daraus resultierenden Machtpolitik der Staatsherrschaft.²⁰⁵⁾ ihr Zweck soll Gewaltentrennung im Sinne einer Gewaltenteilung sein.²⁰⁶⁾ Sie fordert, wie IMBODEN sagt, "nicht nur die Freiheit, sondern die 'Vernunftlicht erst eine verteilte und dauerhafte menschliche Gestalt schafft.'" Dem entspricht die Formulierung, in der PETERS den Grundgedanken der Lehre MONTESQUIEUS' zusammenfaßt: Die Vereinigung der Ämter in einer Person ist der Anfang der Despotie.²⁰⁸⁾

Diesen Grundgedanken der Gewaltenteilung hat das Grundgesetz zu erhalten, wenn aus ihm für den konkreten Fall bestimmte Rechtsfolgen abgeleitet werden sollen. Es handelt sich dabei nicht um ein statisches, schematisches Schema, sondern um eine sinnvolle Ordnung der politischen und rechtlichen Machtverteilung, die darüber hinaus auch eine vernünftige Anreizsetzung innerhalb eines demokratischen Gemeinwesens ermöglichen soll.²⁰⁹⁾

Dabei ist nicht bestritten, daß diese Forderung nicht in alle Konstellationen übertragbar sein kann,²¹⁰⁾ keine Verfassung, die von parlamentarischen Regierungssystem ausgeht, das nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis über die Exekutive,²¹¹⁾ sondern auch auf parlamentarischen Regierungssystemen und Kabinettsmitgliedern der Verfassungsmäßigkeit zuwiderhandelt, kann auch einige Gewaltenteilungsprinzipien in sich aufnehmen.²¹²⁾ Aber allem-

202) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 77. Eine gewisse Berücksichtigung der tatsächlichen Machtverhältnisse und der Verhältnisse und sozialen Kräfte der Machtverteilung gibt Karl Loewenstein in seiner Verfassungslehre, 1959.

203) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 78.

204) a. a. O., S. 39 ff.

205) Entsch. des BVerfG vom 18.12.1953, BVerfGE 3, 247.

206) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 78.

207) Montaigne kritisiert die Lehre der Gewaltentrennung (1588), S. 26 ff. vgl. auch Franz Mayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 22.

208) Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954, S. 23.

209) Kratzer, a. a. O., S. 293.

210) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 79 ff; Franz Mayer, a. a. O., S. 22.

211) Peters, a. a. O., S. 11.

212) Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 80.

die Grenze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung ist von jeher unscharf: Einerseits übt das Parlament durch Erlaß des formellen Haushaltsgesetzes, durch die Bewilligung von Anleihen und durch Einsetzung von Untersuchungsausschüssen Regierungs- bzw. Verwaltungstätigkeit aus, andererseits kann die Verwaltung, wenn auch nur unter den strengen Voraussetzungen der Art. 80 GG; 70, Abs. 3; 55, Ziff. 2 BV,²¹³⁾ zum Erlaß von Verordnungen und damit zur Ausübung von legislatorischen Funktionen ermächtigt werden.²¹⁴⁾ Da auch die Selbstverwaltung dem Gebiet der Exekutive zugerechnet werden muß, bringt die Autonomie zahlreicher Selbstverwaltungskörperschaften weitere Überschneidungen.²¹⁵⁾

Als rechtswidrig, da gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßend, kann daher nach allgemeiner Ansicht nur ein Eingriff in den "Kernbereich" einer anderen Gewalt angesehen werden.²¹⁶⁾ Einzelne Überschneidungen in Randbereichen können als unschädlich erachtet werden, wenn nur die "Substanz" der betroffenen Gewalt erhalten bleibt.²¹⁷⁾

Von einem solchen Verstoß gegen den Kernbereich der Gewaltentrennung kann hinsichtlich der Annahme von Mischformen zwischen VA und Rechtssetzungsakt wohl im Ernst nicht gesprochen werden. Hier sollen vielmehr aus einem als starr angesehenen Schema Rechtsfolgen deduziert werden, die in dem in den Verfassungen normierten Gewaltenteilungsprinzip tatsächlich nicht enthalten sind. Wenn Behörden der Exekutive vom Gesetzgeber sowohl zum Erlaß von VAen, als auch, unter bestimmten Voraussetzungen, zum Erlaß von Rechtsnormen ermächtigt werden können, dann kann den Gesetzgeber doch wohl nichts hindern, solche Behör-

213) Zum Verordnungsrecht in Bayern vgl. oben S. 13 ff.

214) Dazu kommt die rein tatsächliche Führungsrolle der Regierung bei der Fällung der politischen Entscheidungen, die meist in Gesetzesform eingekleidet sind. In der Bundesrepublik halten sich Bundestag und Bundesregierung in der Ausübung des Initiativrechtes rein quantitativ etwa die Waage, vgl. die Zusammenstellung bei Loewenstein, a.a.O., S. 206. Doch werden die wichtigen Gesetzesvorlagen von der Ministerialbürokratie entworfen und die Gesetzesvorlagen der Regierung genießen zumindest unter stabilen Koalitionen strikte Priorität, vgl. Loewenstein, a.a.O., S. 207.

215) Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 148.

216) Entsch. des BayVerfGHs vom 27.11.1954, VGH n. F. Bd. 7, II, 113, 121, 122; Nawiaskey-Leusser, a.a.O., Erl. zu Art. 5; Kratzer, a.a.O., S. 293; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 81 mit weiteren Nachweisen.

217) Franz Mayer, a.a.O., S. 22; keinesfalls steht auch einzelnen ein subjektives öffentliches Recht auf strikte Beachtung des Gewaltentrennungsprinzips oder gar ein entsprechendes Grundrecht zu; Entsch. des BayVerfGH vom 14.7.1950, VGH n. F. Bd. 3, II 95 ff, 104; Kratzer, a.a.O.

den auch zum Erlaß von Akten zu ermächtigen, die beiden Funktionsbereichen gleichermaßen angehören. Zudem wäre es sogar widersprüchlich, gerade unter Berufung auf das Gewaltentrennungsprinzip einer solchen Lösung den Vorzug zu geben, die diese Akte als reine Rechtsatzgatte ansieht. Versteht man sie nämlich als VAE oder als Mischformen zwischen Rechtsatzgatte und VA, dann passen sie, als minus gegenüber dem reinen Rechtsatzgatte, da sie ja von Verwaltungsbehörden erlassen werden, immer noch besser in das Schema der Dreiteilungslehre.

2. DIE GENEHMIGUNG SONSTIGER SATZUNGEN. DES EIGENEN WIRKUNGS- KREISES

Das entscheidende Kriterium für die Einordnung dieser Akte ist wieder darin zu sehen, wie das Rechtsverhältnis der Gemeinde zur Aufsichtsbehörde ausgestaltet ist, insbesondere, ob ihr bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung zusteht. Wie wir gesehen haben, ist dies bestritten.²¹⁸⁾

Wie MERK feststellt,²¹⁹⁾ ist es nun nicht etwa grundsätzlich so, daß die Genehmigung der Satzung einer Selbstverwaltungskörperschaft stets im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegt. Vielmehr kommt es auf die gesetzliche Regelung des Einzelfalles an.

Zwar schreibt nun die Gemeindeordnung für diese Satzungen, in bestimmten Fällen eine Genehmigung vor, doch regelt sie weder in Art. 27 noch in Art. 117, unter welchen Voraussetzungen diese Genehmigungen zu erteilen oder zu versagen sind.

Die Frage ist, ob hier eine Gesetzeslücke vorliegt und wie sie gegebenenfalls auszufüllen ist. Eine Gesetzeslücke liegt dann und nur dann vor, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig erscheint.²²⁰⁾ Die Feststellung einer Lücke ist also das Ergebnis einer wertenden Betrachtung des Gesetzes. Eine solche Betrachtung ergibt in unserem Fall, daß die GO im 1. Abschnitt des IV. Teil über die Rechts- und Fachaufsicht, den Art. 108-117, zwar eine detaillierte Regelung über den Sinn, über Inhalt, Grenzen und einzelne Befugnisse der Aufsichtsbehörden enthält, nicht aber darüber, unter welchen Voraussetzungen erforderliche Genehmigungen

218) vgl. oben S. 9 ff.

219) Deutsches Verwaltungsrecht, S. 324.

220) Larenz, a. a. O., S. 286.

zu erteilen sind. Im Hinblick auf die peinlich genaue Regelung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden im übrigen muß hier eine Unvollständigkeit, eine Gesetzeslücke, angenommen werden.

Ob diese Lücke dadurch ausgefüllt werden kann, daß man die Erteilung der Satzungs genehmigung als ins Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt ansieht, ist sehr zweifelhaft. In der Tat findet sich für diese Ansicht auch nirgends eine durchschlagende Begründung.²²¹⁾

Zunächst ist auffällig, daß die Gemeinde ja zahlreiche Satzungen gänzlich ohne aufsichtliche Mitwirkung erlassen kann, grundsätzlich die Haushaltssatzung, nicht rückwirkende Satzungen nach Art. 23, S. 1, nicht bewehrte Satzungen nach Art. 24, Abs. 1, Nr. 1 GO. Man kann geradezu von einem Grundsatz der Genehmigungsfreiheit sprechen.²²²⁾ Wieso dann die Möglichkeit zum Erlaß von Satzungen nur auf Grund ihrer Rückwirkung oder weil sie als bewehrte Satzungen etc. ergehen, nun völlig ins Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt sein soll, ist nicht einzusehen.

Nach weit verbreiteter Ansicht enthält ferner Art. 28, Abs. 2 GG nicht nur eine institutionelle Garantie des Selbstverwaltungsrechts,²²³⁾ sondern auch der Autonomie der Gemeinden.²²⁴⁾ Mag diese Autonomie auch nur "im Rahmen der Gesetze" gelten,²²⁵⁾ so verleiht sie doch der Gemeinde in Bezug auf die Angelegen-

221) Wenn Hölzl, a. a. O., Art. 25, Anm. 4, ausführt, daß auf die Genehmigung einer Satzung "ihrem Wesen nach" kein Rechtsanspruch bestehe, da der Genehmigungsvorbehalt sonst sinnlos wäre, so kann das nicht als Begründung angesehen werden. Es gibt unzählige Fälle, in denen der Betroffene auf die Erteilung einer erforderlichen Genehmigung, Erlaubnis etc. beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Rechtsanspruch hat, etwa im Fall des "Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt", vgl. dazu Urt. des OVG Lüneburg vom 25. 9. 1958, VerwRspr. 12, Nr. 6, und Friauf, JuS 1962, S. 422. Hölzl selbst vertritt ja hinsichtlich der Genehmigung der Abgabensatzungen die Ansicht, die Gemeinde habe u. U. auf deren Erteilung einen Rechtsanspruch, vgl. oben S. 10, Anm. 61). Soll in diesen Fällen der Genehmigungsvorbehalt sinnlos sein?

222) Gönnerwein, a. a. O., S. 156; Lohr, a. a. O., S. 82 f.

223) Maunz, a. a. O., Art. 28, Rdnr. 24 f; Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 28, Erl. II, 2 a; Hamann, Art. 28, Anm. B, 5, S. 238 f.

224) Maunz, a. a. O., Art. 28, Rdnr. 35; Hamann, S. 241; Gönnerwein, a. a. O., S. 144; a. A. Köttgen, DVBl 1955, S. 445 ff, 449.

225) vgl. dazu Maunz, a. a. O., Art. 28, Rdnr. 31, und Gönnerwein, a. a. O., S. 49.

heiten der örtlichen Gemeinschaft eine besondere Stellung, die bei der Auslegung dieser Gesetze, also z.B. auch der GO, berücksichtigt werden muß.

Ebenso garantiert die BV in ihren Art. 11. Abs. 2 und 83 das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht, wobei freilich anerkannt ist, daß die Qualifikation der Gemeinden als "ursprüngliche Gebietskörperschaften" nicht bezeugt, daß die Existenz des Staates rechtlich von den Gemeinden abzuleiten ist.²²⁶⁾

Während ferner die überwiegende Ansicht zutreffend ist, daß weder Art. 11. Abs. 2 GG, noch Art. 11. Abs. 2, S. 5 V das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht in den Rang eines grundrechtsähnlichen subjektiv verfassungsmäßigen Rechtes erheben,²²⁷⁾ so wird man doch eine Einräumung eines solchen Rechtes auf Selbstverwaltung in den Vorschriften der Art. 1; 108; 109 GO zu sehen haben, und zwar inbestimmtenmaßen für den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde.²²⁸⁾

Aus all dem kann man wie OBERMAYER nur den Schluss ziehen,²²⁹⁾ daß in den Fällen gemeindlicher Rechtsetzung, die ausschließlich einer Regelung örtlicher und deshalb für die Gemeinde überschaubar belangiger Dinge, der staatlichen Aufsicht und Mitwirkung keine so entscheidende Funktion zukommen kann. Ihre Aufgabe besteht zunächst darin, die Gemeinde vor Erlass der Satzung gemäß Art. 108 GO zu beraten und zu unterstützen. Das Genehmigungsgesetzgebungs des Art. 28. Abs. 1 GO verfolgt im wesentlichen den Zweck, vorbestimmen, für die betroffenen Bürger besonders einschneidenden Rechtsetzungssachen eine staatliche Überprüfung noch vor Inkrafttreten dieser Normen im Rahmen der dann sonst gelübten Staatsaufsicht zu ermöglichen.

So gesehen liegt es nahe, auf die Erteilung dieser Genehmigungen die Art. 108, 109 GO analog anzuwenden.²³⁰⁾ Dies bedeutet, daß die Gemeinde hinsichtlich der Genehmigung von Satzungen des eigenen Wirkungskreises grundsätzlich das subjektiv-öffentliche Recht auf ihre Erteilung hat, wenn die Satzung rechtmäßig ist. Die von der Aufsichtsbehörde vorzunehmende Rechtmäßigkeitsprüfung wird sich, ganz wie bei der Prüfung eines Bebauungsplanes, zunächst auf das Ordnungs-

226) Obermayer, a.a.O., S. 259; Nawlasky-Lensser, a.a.O., S. 86; Gönnenwein, a.a.O., S. 44.

227) arg. § 91 BVerfGG, vgl. Maunz, a.a.O., Art. 28. RdNr. 32. bei Fußn. 2; derselbe in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 4; ebenda Franz Mayer, S. 27, (abweichend) und Obermayer, S. 259; Gönnenwein, a.a.O., S. 27, 28.

228) Masson, Art. 1, Anm. 3; Hölzl, Art. 1, Anm. 4; besonders weitgehend Helmreich-Widtmann, Art. 1, Anm. 3, 6a, b.

229) a.a.O., S. 276.

230) Obermayer, a.a.O., S. 276 f; über die Analogie als Mittel der Lückenausfüllung vgl. Larenz, a.a.O., S. 287 und oben Anm. 139).

mäßige Zustandekommen der Satzung, ferner auf die Einhaltung der Ermächtigungsnormen der Art. 22; 23; 24 GO und schließlich auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Bundes- und Landesrecht erstrecken.²³¹⁾

Diese Ansicht ist mit HÖLZL auch für die Steuersatzungen zu vertreten, da ja auch diese in den eigenen Wirkungskreis fallen. Eine Ausnahme macht OBERMAYER mit Recht bezüglich der Genehmigung der Haushaltssatzung nach Art. 93 GO. In diesen Fällen und für die demnach u.U. zu genehmigenden Teile der Haushaltssatzung geht es nicht nur um überörtliche und gesamtstaatliche Belange, sondern es wird meistens auch an der erforderlichen Sachkunde der zuständigen Gemeindeorgane fehlen. Hier muß die Aufsichtsbehörde folglich nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen die Genehmigung erteilen oder verweigern dürfen. Damit ist ihre Stellung im Verhältnis zur Gemeinde zwar freier, doch handelt es sich bei dem von ihr in diesem Fall ausgeübten Ermessen immer noch um ein typisches "Verwaltungsermessen" im Gegensatz zu dem oben erwähnten "gesetzgeberischen Ermessen."²³²⁾ Die Zuerkennung eines solchen Ermessens in diesem Fall kann nur den Sinn haben, die Aufsichtsbehörde nicht an die engen Grenzen bloßer Rechtsaufsicht zu binden, sondern ihr auch eine im Hinblick auf die oft mangelnde Sachkunde der zuständigen Gemeindeorgane in diesen Fragen notwendige Zweckmäßigkeitsprüfung zu ermöglichen.²³³⁾ Damit handelt es sich aber immer noch um eine typisch verwaltende Tätigkeit der Aufsichtsbehörde, so daß auch dieser Akt überwiegend noch als VA angesprochen werden muß.²³⁴⁾

Hinsichtlich der Genehmigungen von Satzungen des eigenen Wirkungskreises aufgrund der in der GO enthaltenen Ermächtigungen kommen wir damit im wesentlichen zu denselben Ergebnissen, wie wir sie schon für die Genehmigung des ge-

231) So befreit z.B. die Ermächtigung zum Erlaß rückwirkender Satzungen nicht von den strengen, sich aus Art. 2, Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Voraussetzungen, unter denen rückwirkende Normen überhaupt nur erlassen werden dürfen, vgl. oben Anm. 37) und Dürig, a.a.O., Art. 2, Abs. 1, Rdnr. 47; Obermayer, a.a.O., S. 165; Gönnerwein, a.a.O., S. 155 f.

232) vgl. oben S. 34.

233) Konsequenterweise hätte die Erteilung einer Genehmigung nach Art. 93 GO auch der Fachaufsichtsbehörde zugewiesen werden müssen.

234) An dieser Stelle der "Typenreihe" wäre etwa auch die Einordnung der im Anhang zu Abschnitt II erörterten Genehmigung der Satzung einer Handwerkskammer vorzunehmen, wenn man dem Urteil des VGH vom 19.7.1960, BayVBl 1960, S. 289, wenigstens insoweit folgen will, daß die Handwerkskammer keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung habe, diese vielmehr ins Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt sei.

gemeindlichen Bebauungsplanes erzielt haben: Auch sie sind Mischformen zwischen Rechtsetzungsakt und VA, auch sie tendieren eindeutig zum VA hin. Da es sich in beiden Fällen um Satzungen des eigenen Wirkungsbereiches handelt, wäre eine verschiedene Behandlung auch kaum vertretbar.

3. DIE GENEHMIGUNG VON SATZUNGEN DES ÜBERTRAGENEN WIRKUNGS- KREISES

Im übertragenen Wirkungskreis ist die Stellung der Gemeinde gegenüber der staatlichen Aufsichtsbehörde schwächer. Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung nach Art. 28, Abs. 2 GG erstreckt sich nur auf die "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft", womit nach einhelliger Auslegung dieser Vorschrift nur die eigenen Angelegenheiten der Gemeinde gemeint sind.²³⁵⁾ Auch Art. 11, Abs. 2, S. 2 BV garantiert ein gemeindliches Recht auf Selbstverwaltung nur hinsichtlich der eigenen Angelegenheiten. Abs. 3 dieser Verfassungsbestimmung ermöglicht zwar die Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Gemeinden, doch wird dieser Aufgabenbereich von der Garantie des Abs. 2 nicht erfasst.²³⁶⁾ Allerdings gibt die GO in Art. 1, S. 1 den Gemeinden ein Recht auf Selbstverwaltung, ohne dabei zwischen eigenen und übertragenen Angelegenheiten zu unterscheiden.²³⁷⁾ Damit sollte, wie in der amtlichen Begründung ausgedrückt wird, das Selbstverwaltungsrecht nicht nur für eigene, sondern auch für übertragene Angelegenheiten der Gemeinde anerkannt werden.²³⁸⁾ Dazu kommt noch, daß nach Art. 109, Abs. 2, S. 2, Nr. 1 GO auch die Fachaufsichtsbehörde nur dann in das Verwaltungsermessen der Gemeinde eingreifen darf, wenn das Wohl der Allgemeinheit oder berechnete Interessen einzelner eine andere Ermessensbetätigung zwingend erfordern. Im Gegensatz zu den Gemeindeordnungen der übrigen Länder, die ein Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28, Abs. 2 GG nur für den eigenen Wirkungskreis kennen, hat in Bayern also mit dem Erlaß der GO hinsichtlich des übertragenen Wirkungskreises ein "Strukturwandel" stattgefunden.²³⁹⁾ Auf Grund der

235) Masson, Art. 1, Anm. 3; Helmreich-Widmann, Art. 1, Anm. 6a; Hölzl, Art. 109, Anm. 7a; vgl. auch Maunz, a.a.O., Art. 28, Rdnr. 30 und Hamann, a.a.O., S. 240.

236) vgl. Masson und Hölzl, a.a.O.; nur Helmreich-Widmann, Art. 1, Anm. 6b, geht davon aus, daß sich das Selbstverwaltungsrecht auf Grund des Art. 11 BV auch auf den übertragenen Wirkungskreis erstreckt.

237) vgl. Masson, Art. 1, Anm. 3.

238) Masson, Art. 1, Anm. 4; vgl. zum ganzen auch Beer, BayVBl 1962, S. 307 f, 309.

239) vgl. hierzu die Nachweise in Anm. 104).

Vorschriften der Art. 1 und 109, Abs. 2, S. 2 GO - also auf Grund eines einfachen Gesetzes - steht den bayerischen Gemeinden ein Selbstverwaltungsrecht auch im übertragenen Wirkungskreis zu, das freilich von wesentlich geringerer Intensität ist als bei der Wahrnehmung der eigenen Aufgaben.²⁴⁰⁾

Bei dieser Rechtslage erscheint eine Einordnung der Genehmigung von Satzungen des übertragenen Wirkungskreises schwierig. Man wird vom einzelnen Fall auszugehen haben. Für den wichtigsten Fall dieser Gruppe, die statutarischen Bestimmungen nach § 142 GewO, kann man wohl davon ausgehen, daß es sich hier um Sachverhalte handelt, die sich auf das Gemeindegebiet beschränken und einer umfassenden Würdigung durch die Gemeinde zugänglich sind. Dann muß man auch hier mit OBERMAYER der Gemeinde das subjektive öffentliche Recht auf Erteilung dieser Genehmigung zusprechen, wenn die Satzung gegenüber den Betroffenen rechtmäßig und auch insoweit zweckmäßig ist, als nicht das öffentliche Wohl oder berechnete Belange anderer eine andere Ermessensbetätigung zwingend erfordern.²⁴¹⁾ Dies führt uns bei der Frage nach der Rechtsnatur dieser Genehmigung wieder zu dem Ergebnis, daß auch hier ein Überwiegen der Elemente des VAs anzunehmen ist.

4. DIE VZE GEMEINDLICHER VERORDNUNGEN

Handelt es sich bei dem Erlaß von Satzungen um eine Normierung überwiegend örtlicher, vom Standpunkt der Gemeinde aus überschaubarer Angelegenheiten, so bedeutet Verordnungsgebung etwas grundsätzlich anderes, nämlich den Erlaß von Rechtssätzen nicht durch den primär zuständigen Träger der gesetzgebenden Gewalt, sondern auf Grund einer von diesem vorgenommenen Delegation durch Stellen der vollziehenden Gewalt.²⁴²⁾ Trotz des Versuchs HAMANNs, die essentiellen Unterschiede zwischen Satzung und Verordnung einzuebnen,²⁴³⁾ wird hier also mit MAUNZ an der prinzipiellen Verschiedenheit beider Rechtsquellen festgehal-

240) Beer, a.a.O., S. 309.

241) Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 277.

242) Merk, a.a.O., S. 302; die Delegation ist nach Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942, S. 23, derjenige Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt; vgl. hierzu auch Friedrich Klein in "Die Übertragung des Verordnungsrechts nach deutschem Verfassungsrecht", Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 171 ff.

243) Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 39 ff.

ten.²⁴⁴⁾ Denn während die autonome Satzung stets demokratisch zustandekommt, ist in der Rechtsverordnung, vom Standpunkt demokratischer und parlamentarischer Rechtsetzung aus, ein notwendiges Übel zu sehen, weil sie eine Rechtsetzung der ihrer Wirkungsweise nach undemokratischen Exekutive darstellt.²⁴⁵⁾ Wenn HAMANN demgegenüber bemerkt, das heute in zunehmendem Maße auch von demokratisch gewählten Kollegien Verordnungsrecht ausgeht und dabei auch auf die Regelung des LStVG hinweist, so spricht das weniger für seine Theorie, als dafür, daß der demokratische Gesetzgeber bemüht ist, die allgemein beklagte Hypertrophie des Verordnungsrechts der Exekutive einzudämmen.²⁴⁶⁾

Nach dieser einleitenden Klärung des Verhältnisses von Satzung und Verordnung haben wir uns nun der Rechtsnatur der VZE zuzuwenden. Das entscheidende Kriterium für ihre Einordnung wird wieder in dem gegenseitigen Verhältnis von Gemeinde- und Aufsichtsbehörde zu sehen sein.

Bei der Abwägung der gegenseitigen Funktionen von Gemeinde- und Staatbehörde beim Erlaß von Verordnungen fällt nun zunächst auf, daß der "Spielraum" der Gemeinde - ganz abgesehen von den selbstverständlichen, im LStVG betonten-tigten Schranken der Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG; 70, Abs. 3; 55, Ziff. 2 BV - im Gegensatz zum Erlaß von Satzungen erheblich eingeschränkt ist. Der Gesetzgeber, der sich des mit der Übertragung des Verordnungsrechts auf die Gemeinden, Kreise und Bezirke verbundenen Wagnisses wohl bewußt war, mußte doch einen Mißbrauch der Stellung dieser Ermächtigungsadressaten vermeiden.²⁴⁷⁾

Nach Art. 52, Abs. 1 LStVG sind die ermächtigten Behörden zum Erlaß der für das allgemeine Wohl erforderlichen Verordnungen auch verpflichtet. Ein Mißbrauch der Normsetzungsbefugnisse durch Nichtausübung ist daher ausgeschlossen. Können die Gemeinderäte, Kreis- und Bezirktage im Einzelfall dieser Ver-

244) a.a.O., Art. 80, Rdnr. 31 a, E.; vgl. ferner Franz Mayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 34; Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. A., 1961, S. 416; Gönnenwein, a.a.O., S. 148; Badura, DÖV 1963, S. 564.

245) Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 31, a. E.

246) Friedrich Klein, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in "Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat", 1952, S. 52; Triepel, a.a.O., S. 31; Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 31, Fußn. 1; Hamann, Art. 80, Anm. A, 2, S. 350; Forsthoff, a.a.O., S. 10; zum demokratischen Gesetzesbegriff vgl. Jesch, a.a.O., S. 24 ff.

247) vgl. hierzu und zum folgenden Franz Mayer, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, S. 96 f.

pflichtung zum Erlaß dringlicher Verordnungen nicht nachkommen, weil das zuständige "Parlament" nicht rechtzeitig einberufen werden kann, so ermächtigt Art. 48, Abs. 2 LStVG ausnahmsweise den ersten Bürgermeister, den Landrat oder den Bezirkstagspräsidenten zum Erlaß der Verordnung.

Diesem verengten Spielraum der Gemeinde entspricht ein verstärktes Aufsichtsrecht der Staatsbehörde. Kommt das Selbstverwaltungsorgan seiner Normsetzungspflicht nicht nach, so kann die Aufsichtsbehörde eingreifen und den Erlaß der notwendigen Verordnung binnen angemessener Frist verlangen. Art. 52, Abs. 2 LStVG.²⁴⁸⁾ Im Weigerungsfalle kann sie schließlich die erforderliche Verordnung im Wege der Ersatzvornahme selbst erlassen. Art. 52, Abs. 2, S. 2 LStVG. Es besteht also ein Eintrittsrecht der Staatsbehörde in scharfer Form.²⁴⁹⁾ Ferner bedarf jede,^{249a)} von der Gemeinde geplante Verordnung nach Art. 54, Abs. 1 LStVG zur Erlangung der Rechtswirksamkeit der VZE. Die dabei von der Aufsichtsbehörde vorzunehmende Prüfung erstreckt sich nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der geplanten Verordnung.²⁵⁰⁾ Sie umfaßt dabei nicht nur die Frage, ob überhaupt eine Verordnung erlassen werden soll,²⁵¹⁾ sondern auch die Art und Weise der äußeren Gestaltung - etwa Aufbau, Satzstellung, Wortwahl - dieser Verordnung.^{251a)}

Beim Erlaß dringlicher Verordnungen erstreckt sich die Prüfung auch darauf, ob die Voraussetzungen des Art. 48, Abs. 2, S. 1 vorliegen, Art. 55, S. 1 LStVG. Hält die zuständige Aufsichtsbehörde diese Voraussetzungen nicht für gegeben, so kann die Verordnung nach Art. 55, S. 3 LStVG grundsätzlich nur noch im "ordentlichen Verfahren" nach Art. 48, Abs. 1 LStVG erlassen werden.

Dazu kommt noch die ständige Überwachungspflicht, die der Aufsichtsbehörde auch im Hinblick auf bereits bekanntgemachte Verordnungen nach Art. 57 LStVG obliegt. Kommt die Gemeinde oder der Landkreis einer Beanstandung nicht durch Änderung oder Aufhebung der betreffenden Verordnung nach, so kann sie die Regierung allein nach Art. 57, Abs. 2 LStVG aufheben.²⁵²⁾

Insgesamt gesehen verleihen diese Befugnisse der Aufsichtsbehörde eine Stellung, die derjenigen der Gemeinde zumindest ebenbürtig erscheint. Aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen die VZE zu

248) vgl. hierzu Mörtel, BayVBl 1961, S. 74 ff.

249) Drews-Wacke, a. a. O., S. 420.

249a) nach h. M. auch unbewehrte, vgl. Kääb-Rösch, Art. 48, Anm. 4.

250) Kääb-Rösch, Art. 54, Anm. 5.

251) Kääb-Rösch, Art. 54, Anm. 5.

251a) Kääb-Rösch, Art. 54, Anm. 5.

252) vgl. hierzu Mörtel, BayVBl 1961, S. 241.

erteilen bzw. zu versagen hat, muß zwar auch in diesem Falle auf das Vorliegen einer Gefährdung geschaut werden. Diese läßt sich ebenfalls, wie es OBERMAYER vorschlägt,²⁵³⁾ mit einer analogen Anwendung der Vorschriften über die Fachaufsicht nach der GO zu schließen, dürfte nicht angehen. Handelte es sich bei der analogen Anwendung dieser Vorschriften um Satz von Genehmigungen um eine nachliegende Analogie innerhalb eines Gesetzes, nämlich der GO, so muß eine Übertragung dieser Vorschriften ins LStVG als verwerflich angesehen werden. Die detaillierten Regelungen der Art. 10 ff LStVG über die Befugnisse der Aufsichtsbehörde, etwa das Beanstandungsrecht oder die in Art. 10 Abs. 2 S. 2 vorgesehene Ersatzvornahme, müssen vielmehr als Sonderregelung angesehen werden, neben der die Vorschriften über die Fachaufsicht in der Art. 108 ff GO nicht mehr herangezogen werden können.²⁵⁴⁾ Vielmehr ist, wie der Schluß gerechtfertigt, der Gesetzgeber habe mit der allgemein starken Stellung der Aufsichtsbehörde zum Ausdruck bringen wollen, daß die Entscheidung über Erteilung oder Verweigerung der VZE als Ermessen einer Behörde gegeben sein sollte.²⁵⁵⁾ Darüber hinaus ergibt sich aus den obigen Überlegungen, daß es sich bei diesem Ermessen nicht um das typische Verwaltungsermessen handelt, wie wir es etwa oben im Rahmen der Genehmigung einer Haushaltsanordnung nach Art. 93 GO kennengelernt haben.²⁵⁶⁾ sondern um ein freies, "gesetzgebernes" Ermessen. Wenn einer Behörde nicht nur der Entschluß steht, ob überhaupt eine Verordnung erlassen werden soll, sondern auch ein Einfluß auf die äußere Gestaltung dieser Verordnung im einzelnen, wenn ihr nicht nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht zum ersatzweisen Erlass einer solchen Verordnung, sondern auch in deren eventueller Ausführung eingeräumt ist, so kann dies nur bedeuten, daß der Gesetzgeber die Aufsichtsbehörde in dem Verhältnis nach Art. 48 ff LStVG als rechtsetzende Behörde beteiligen wollte, indem er eine Delegation der Rechtssetzungsbefugnis nur auf Selbstverwaltungskörperschaft und Amtsbefugnisse zusammen vornahm.²⁵⁷⁾ Bedenken gegen eine solche Delegation der

253) Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 277.

254) Achen-König, DÖV 1962, S. 88, hält die Regelung der Art. 52 ff LStVG für abschließend; Lohr, a.a.O., S. 79, vertritt dieselbe Ansicht im Verhältnis von Sparkassenrecht und allgemeiner Kommunalgesetzgebung. Zum Satz "108 specialis derogat legi generali" vgl. Enslin, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., 1959, S. 159; Larenz, a.a.O., S. 173 ff.

255) Ebenso Morrel, DStVR 1960, S. 216 ff; König-Siemer-Ehmerig, Art. 94 Anm. 3 b); Käb-Rösch, Art. 54, Anm. 4-6; vgl. dazu oben S. 18 f.

256) vgl. oben S. 45 f.

257) Ebenso Badura, DÖV 1963, S. 570. Vom Standpunkt Salzwedels aus, vgl. oben S. 3, Anm. 17), wäre die VZE in die dritte Gruppe der Genehmigungsvorbehalte einzureihen, bei denen die Staatsbehörde bestimmte staatliche Interessen gegenüber dem Eigeninteresse des Selbstverwaltungsträgers zur Geltung zu bringen hat.

Rechtsetzungsbefugnis auf zwei, auf einverständliches Zusammenwirken angewiesene Behörden zusammen ergeben sich weder aus Art. 80 GG noch aus den einschlägigen Vorschriften der BV.

Bezüglich der Einordnung der VZE ergibt sich daraus, daß sie im wesentlichen als Rechtssetzungsakt zu qualifizieren ist, inag sie auch, insoweit, als sie als Einzelregelung eine bestimmte Gemeinde besonders betrifft, Elemente des VAs enthalten. Diese Qualifizierung muß konsequenterweise auch für den actus contrarius der VZE gelten, ihre Verweigerung.²⁵⁸⁾

Für diese Auslegung spricht auch § 6, Abs. 3 AVLStVG, der die Anwendung des Art. 109 GO - und der entsprechenden Vorschriften der LKrO bzw. der BezO - in Bezug auf die Erteilung der VZE für ausgeschlossen erklärt. Diese Vorschrift wäre zwar ungültig, wenn man sie so auslegen wollte, als sollten die angeführten Gesetzesstellen durch sie abgeändert werden. Denn aus der Rangordnung der Rechtsquellen ergibt sich, daß ein (Landes-) Gesetz nicht durch eine (Landes-) Verordnung abgeändert werden kann.²⁵⁹⁾

Sie kann nur gehalten werden, wenn man sich der dargelegten Ansicht über das Wesen der VZE, nämlich daß sie überwiegend Rechtssetzungsakt ist, anschließt. Denn dann besagt sie nichts anderes, als was sich schon aus der Auslegung des LStVG ergibt und steht nicht in Widerspruch zu Art. 109 GO etc..²⁶⁰⁾ Freilich gibt es nun selbstverständlich keine Auslegungsregel des Inhalts, daß höherrangiges Recht so auszulegen sei, daß zu seiner Ausführung ergangene Verordnungen sich mit ihm vereinbaren ließen. Eine solche Regel besteht vielmehr ausnahmslos nur umgekehrt, in ihrer bekanntesten Form als Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung.²⁶¹⁾ Ebenso selbstverständlich ist dem Verordnungsgeber eine authentische Interpretation von Gesetzesvorschriften versagt.²⁶²⁾ Aber als Indiz dafür, daß der Verordnungsgeber, nämlich das bayerische Staatsministerium des Inneren, eine der hier vertretenen zumindest ähnliche Ansicht über die Bedeu-

258) Damit ist auch die Ansicht von Bengl-Berner-Emmerig abzulehnen, nur die Erteilung der VZE sei ein Rechtssetzungsakt, ihre Verweigerung oder Erteilung nur unter Auflagen sei dagegen ein VA; vgl. oben S. 17.

259) Merk, a.a.O., S. 289 ff. 292; vgl. auch Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 10.

260) Auch Badura, DÖV 1963, S. 570, hält § 6 AVLStVG für insoweit bloß deklaratorisch.

261) Bender, MDR 1959, S. 441; Herzog, BayVBl 1959, S. 276 f; Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 67 mit Nachweisen aus der Rspr. des BVerfGs.

262) Zur authentischen Interpretation vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 94, Anm. 101.

tung und die Rechtsnatur der VZE vertreten haben muß, ist die Vorschrift zur Stützung des erzielten Ergebnisses doch geeignet.

Das bisherige Ergebnis wurde erreicht durch die Auslegung der Art. 46, 48 LStVG. Immerhin könnte man dagegen einwenden, daß hier die Ansicht OBERMAYERS zwar übernommen wird, soweit es sich darum handelt, ob der Gemeinde auf die Erteilung einer Satzungsgenehmigung ein Rechts-sprechen zustellt, dagegen angelehnt wird, soweit es um die VZE von Verordnungen geht, und hierin keinen Widerspruch sehen. Darin ist doch darauf hingewiesen, daß diese Differenzierung auch sachlich gerechtfertigt ist. Das LStVG enthält keine Ermächtigungen zur Setzung von Ordnungswidrigkeitstrafverordnungen nach Art. 1 Abs. 1 GO, wohl Ermächtigungen zur Schaffung einer Strafrechtsnorm, vgl. Art. 1 Abs. 1, 2. Die ermächtigten Selbstverwaltungsorgane können also nicht nur Verwaltungs- sondern auch bürgerliches Strafrecht setzen. Demgegenüber kann die Gemeinde in bestimmten Fällen zwar auch bürgerliche Satzungen erlassen, da aber Art. 24 Abs. 1, 2, 3 GO und Verordnung zur Höhe einer Gelübde von 1900 - DM nach Art. 14 Abs. 2, S. 3 GO, § 1, Abs. 1 OWiG stets nur um Ordnungswidrigkeiten, also Verwaltungsunrecht handeln. Im Hinblick auf die Wesensverschiedenheit von Verwaltungs- und Kriminalunrecht,²⁶³⁾ bestand daher durchaus Anlaß für den Gesetzgeber, die jeweiligen Ermächtigungen verschieden auszugestalten. Wie MÖRTEL feststellt,²⁶⁴⁾ ist die Befugnis zur Schaffung von Strafrecht eine spezifisch staatliche. Auch die Delegation dieser Befugnis an Selbstverwaltungskörperschaften kann nichts daran ändern, daß diese Befugnis eine staatliche bleibt, und niemals kann sie als bloße Selbstverwaltungsangelegenheit angesehen werden.²⁶⁵⁾ Hieran

263) vgl. dazu insbesondere Giacometti, a.a.O., S. 560 f. mit weiteren Nachweisen.

Diese scharfe Differenzierung zwischen Verwaltungs- und Kriminalunrecht ist im LStVG streng eingehalten. Sie entspricht an und für sich alter bayerischer Rechtstradition - vgl. PStGB von 1861 -, die nur im Hinblick auf das Reichsstrafrecht seit 1871 aufgegeben werden mußte. Heute erfordert der Grundsatz der rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeit diese Differenzierung wieder, Franz Mayer, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, S. 54 ff.

264) BayVBl 1960, S. 236 ff. mit Hinweis auf Bengel-Berner-Emmerig, Art. 48, Anm. 5; Anm. 3a d. Vorb. zum 5. Teil

265) Insbes. Friedrich Klein, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 45, weist darauf hin, daß die Einräumung von Verordnungsrechten keine devolvierende und translativ Delegation bewirke, sondern nur eine konservierende und konkurrenzschaffende, da der Delegant weiterhin zuständig bleibe und nur die Ausschließlichkeit seiner Zuständigkeit verloren habe; vgl. auch Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 15.

kann auch der oben erörterte "Strukturwandel" in der Beurteilung des übertragenen Wirkungskreises nichts ändern. Mit MÖRTEL muß man deshalb zu der Auffassung gelangen, die Mitwirkungsbefugnisse der staatlichen Behörden beim Erlass von Verordnungen seien nicht nur der Ausdruck einer allgemeinen Staatsaufsicht, die immer besteht, sondern "Ausdruck und Ausfluß der ursprünglichen staatlichen Verordnungsgewalt". Daß sich der Staat bei einer so wichtigen Frage wie der Setzung von Strafrecht gewissermaßen das "letzte Wort" vorbehalt, indem er eine Ausübung dieser Befugnis nur im eigenverantwortlichen Zusammenwirken zwischen Gemeinde etc. und seiner eigenen Aufsichtsbehörde zulassen wollte, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Während hier die Ansicht MÖRTELS zumindest im Ergebnis weitgehend,²⁶⁶⁾ übernommen wurde, ergab sich doch hinsichtlich der Begründung eine "Akzentverlagerung". MÖRTELS Ansicht basiert im wesentlichen darauf, daß er den Erlass von Verordnungen nach LStVG als Angelegenheit des übertragenen Wirkungskreises ansieht, in dem er der Gemeinde anscheinend nur eine schwache Stellung einräumen will. Nur zusätzlich weist er darauf hin, daß es sich ja um eine Delegation typisch staatlicher Befugnisse handelt. Unsere Lösung muß selbstverständlich auch davon ausgehen, daß es sich um übertragene Angelegenheiten handelt. Allein diese Tatsache jedoch würde noch nicht zu der hier vertretenen Lösung VZE-überwiegend Rechtsetzungsakt zwingen, wie wir bei den Satzungen des übertragenen Wirkungskreises gesehen haben. Entscheidend scheint uns vielmehr die gesetzliche Ausgestaltung dieses Rechtsetzungsverfahrens zu sein, die sich sachlich eben durch die Art der übertragenen Befugnisse motivieren läßt.

Spricht man freilich wie hier der VZE die überwiegende Rechtsnatur eines Rechtssetzungsaktes, oder gar, wie MÖRTEL, eines ausschließlichen Rechtssetzungsaktes zu, so ergibt sich daraus allerdings die weitere Konsequenz, daß die Wahrnehmung der Befugnisse der Art. 52 ff LStVG, insbesondere die Erteilung oder die Verweigerung der VZE seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde Mitwirkung beim Erlass von Rechtsverordnungen oder Verweigerung dieser Mitwirkung bedeutet. Daraus aber ergibt sich die bisher von keinem Vertreter dieser Ansicht aufgeworfene Frage, ob denn die Ermächtigung dieser Behörde zum Erlass von Rechtsverordnungen nach "Inhalt, Zweck und Ausmaß im Gesetze hinreichend bestimmt" ist, um den Erfordernissen der Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG, bzw. 70, Abs. 3; 55, Ziff. 2 BV zu entsprechen.²⁶⁷⁾ Denn die Anwendung dieser Vorschriften ist unabwieslich, wenn man diese Akte als Akte der Verordnungsgebung

266) Mörtel spricht die VZE als reinen Rechtssetzungsakt an, vgl. oben S. 18.

267) vgl. hierzu schon oben S. 13 ff.

ansieht.²⁶⁸⁾ Die Frage wird deshalb akut, weil das Gesetz keine ausdrückliche Regelung darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen die VZE zu erteilen bzw. zu verweigern ist.

Hier kommt es nun entscheidend auf die Auslegung des Passus "Im Gesetze bestimmt" in Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG an. Ursprünglich hatte das BVerfG getrudelt. Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung mußten sich "grundsätzlich ausdrücklich, jedenfalls aber mit einwandfreier Deutlichkeit aus dem betreffenden ermächtigenden Gesetz selbst ergeben".²⁶⁹⁾

Inzwischen hat das BVerfG der Vorschrift eine andere Deutung gegeben. Danach braucht eine Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß nicht mehr ausdrücklich im Text des Gesetzes zu erfolgen, sondern es können auch "der Sinnzusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften und das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt" herangezogen werden.²⁷⁰⁾ Das Erfordernis der "einwandfreien Deutlichkeit" ist damit aufgegeben; es genügt, wenn eine Auslegung der Ermächtigung zum Ziele führt.²⁷¹⁾ Damit bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des LStVG in dieser Hinsicht keine Bedenken mehr.^{271a)} Denn

268) Daran kann es auch nichts ändern, daß nach der hier vertretenen Ansicht die VZE wenn auch geringe Elemente des VAS enthält, weil nach unbestrittener Ansicht die Bestimmung des Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG bzw. entsprechender Bestimmungen der Landesverfassungen auch auf Vorschriften anzuwenden sind, die die Verwaltung zur Vornahme belastender Einzelakte ermächtigen, vgl. Entsch. des BayVerfGHs vom 30.6.1950, VGH n. F. Bd. 1, 91; Beschl. des BVerwGs vom 4.7.1956, BVerwGE 4, 35 ff; Entsch. des BVerfGs vom 12.11.1958, BVerfGE 8, 325 f; Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 22; Franz Mayer, Festschrift für Nottarp, S. 187 f. 190, 191, jedenfalls die Verweigerung der VZE oder ihre Erteilung nur unter Auflagen wird man als die betreffende Gemeinde in diesem Sinn belastend ansehen müssen.

269) Entsch. des BVerfGs vom 10.6.1953, BVerfGE 2, 334; vom 20.7.1954, BVerfGE 4, 21; vom 13.6.1956, BVerfGE 5, 7; vom 12.11.1958, BVerfGE 8, 307; Fr. Klein, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 4, S. 198; Hamann, a.a.O., S. 353; Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 13, letzter Abs.; Jesch, a.a.O., S. 214.

270) vgl. schon Urt. des BVerfGs vom 20.7.1954, BVerfGE 4, 8 ff, 21 f; ausführlich Entsch. vom 13.2.1958, BVerfGE 8, 276 ff, und vom 5.3.1958, BVerfGE 8, 307 ff; zusammenfassend Entsch. vom 14.7.1959, BVerfGE 10, 20 ff; Bernhard Wolff, AöR Bd. 78, S. 199 f; Jesch, a.a.O., S. 215.

271) Hamann, a.a.O., S. 353; kritisch Maunz, a.a.O., Art. 80, Rdnr. 13, letzter Abs.; Winkelmann, NJW 1959, S. 961 ff.

271a) vgl. Drews-Wacke, a.a.O., S. 386; H.J. Wolff, a.a.O., § 25, VII, b, dd; aber auch Titze, DÖV 1955, S. 453.

wenn das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, zur Auslegung der gesetzlichen Ermächtigung herangezogen werden darf, lassen sich die Befugnisse der Aufsichtsbehörden hinreichend bestimmen; Zunächst wird sich die vorzunehmende Prüfung einer geplanten Verordnung auf deren Rechtmäßigkeit erstrecken, also auf ordnungsmäßiges Zustandekommen, Einhaltung der jeweiligen gesetzlichen Ermächtigung und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Ferner wird die Behörde zu prüfen haben, ob die geplante Verordnung zur Aufrechterhaltung und zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich und geeignet ist.²⁷²⁾ Die unbestimmten Rechtsbegriffe,²⁷³⁾ der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aber sind durch die Rechtsprechung des PrOVG und auch der bayerischen Gerichte genügend konkretisiert, um durch Auslegung der Ermächtigungsnormen deren hinreichende Bestimmtheit im Sinne von Art. 80. Abs. 1. S. 2 GG zu gewährleisten.²⁷⁴⁾ Ob die Konkretisierung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte freilich schon zur Ausbildung eines dahingehenden Gerichtsgewohnheitsrechtes geführt hat, wie verschiedentlich behauptet wird,^{274a)} mag dabei dahinstehen.

272) Daß das LStVG insgesamt dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dient, ergibt sich u. a. aus der - amtlichen - Überschrift zum 5. Abschnitt: "Weitere Vorschriften zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung".

273) Zum Problem von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff vgl. etwa Ule, Jellinek - Gedächtnis-Schrift, S. 309 ff; Bachof, JZ 1955, S. 97 ff; Reuss, DVBl 1959, S. 533 ff; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, 1960; Czermak, NJW 1961, S. 1905 f; Forsthoff, a. a. O., S. 75 ff; Obermayer, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 129 f.

274) Zu diesen Begriffen in ihrer Ausprägung durch die Rspr. vgl. Drews-Wacke, a. a. O., S. 63 ff, 73 ff; für Bayern etwa die Entsch. des BayVerfGHs vom 13.10.1951, VGH n. F. Bd. 4, II, 194 ff, 205; Franz Mayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 299; abweichend Schniedermair, Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961, S. 82, 83.

Zu den Schwierigkeiten bei der Bestimmung von "Inhalt, Zweck und Ausmaß" nach Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG vgl. Maunz, a. a. O., Art. 80, Rdnr. 13.

274a) So etwa OVG Lüneburg im Ur. vom 10.7.1956, AS 11, 292; Beschl. des Württ. -Bad. VGH vom 19.6.1957, VerwRspr. 9, S. 980, 985; vgl. dazu Jesch, a. a. O., S. 221.

V. ABSCHNITT: FRAGEN DES RECHTSSCHUTZES

1. DOGMATISCHE EINGLIEDERUNG DIESER AKTE IN DAS SYSTEM DES VERWALTUNGSGERICHTLICHEN RECHTSSCHUTZES

Die VwGO enthält keine Legaldefinition der Begriffe VA, hohes, Beamtenamt.²⁷⁶⁾ Diese Begriffe werden vielmehr von ihr vorausgesetzt,²⁷⁷⁾ wobei der Gesetzgeber ersichtlich von der traditionellen Abgrenzung ausging.²⁷⁸⁾

Dies erschwert eine Einbeziehung von Hohheitsakten, die nicht in dieses Schema passen, in das System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Diese Schwierigkeit darf aber nicht dazu verleiten, dieses Schema materiell-rechtlich als ein für alle mal unabänderlich hinzunehmen. Eine Neubemesslung aller und auch die Gewinnung neuer verwaltungsrechtlicher Begriffe und Typen scheint auf die Dauer unerläßlich, um die Lücke zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungswirklichkeit zu schließen. So mehren sich denn auch die Auffassungen, die dem herkömmlichen VA-Begriff nur noch einen begrenzten Wert zusprechen,²⁷⁹⁾ was sich auch auf den Rechtsnormbegriff auswirken muß.

Die aufgezeigte Schwierigkeit ist auch nicht auflösbar. Vielmehr bieten sich sogar zwei mögliche Wege an. Faßt man den Begriff des VAs in der VwGO im bisherigen Sinne auf, dann kann man sonstige Hohheits- oder Amtshandlungen im Hinblick auf die Generalklausel des § 40, Abs. 1 VwGO immer noch als sonstige öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art der verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterwerfen.²⁸⁰⁾ Als Klageart etwa im den Fall, daß eine Gemeinde die Genehmigung einer von ihr geplanten Satzung für zu Unrecht verweigert hält, käme dann die „allgemeine Leistungsklage“²⁸¹⁾ in Betracht.²⁸²⁾

275) § 47 VwGO spricht von Verordnungen und „Rechtsvorschriften“. Zu letzteren gehören etwa die Satzungen.

276) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. IV, 1a, S. 135.

277) vgl. oben S. 25 f.

278) Menger, VerwArch Bd. 51 (1960), S. 364; Bd. 52 (1961), S. 318; Eyermann-Fronter, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42, RdNr. 14; Böttgermann, NJW 1961, S. 649 ff., 650.

279) So Masson in seiner Anm. zum Urf. des BVerwGs vom 14. 5. 1963, BayVBl 1963, S. 285; a. A. Menger, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 420, Fußn. 44.

280) Über deren Zulässigkeit trotz nicht ausdrücklicher Erwähnung in der VwGO: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Vorbem. II vor § 42, S. 112; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, Vorbem. V vor §§ 42, 43; Czermak, NJW 1962, S. 832 f.

281) Mortel, Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, 1962, S. 137 ff., 149; Masson, BayVBl 1963, S. 285.

Die zweite Möglichkeit besteht in einer weiten Interpretation des VA-Begriffs der VwGO. Einen Ansatzpunkt zu einer solchen Auslegung bietet § 113, Abs. 4, S. 1 VwGO, der von der Verpflichtung zur Vornahme einer "Amtshandlung" spricht. BETTERMANN stellt hierzu fest,²⁸²⁾ es sei kein vernünftiger Grund ersichtlich, die Ablehnung und Unterlassung von VAen prozessual anders zu behandeln als die Nichtvornahme anderer Amtshandlungen. Daher sei § 42, Abs. 1 VwGO von § 113, Abs. 4 VwGO her dahin zu interpretieren, daß mit der Verpflichtungsklage nach § 42, Abs. 1 VwGO die Verurteilung zum Erlaß einer abgelehnten oder unterlassenen Amtshandlung begehrt werden könne, ganz gleich, ob diese ein VA sei oder nicht.²⁸³⁾

Eine erweiternde Interpretation vertreten ferner EYERMANN-FRÖHLER.²⁸⁴⁾ Aus der Systematik der VwGO werde deutlich, daß alle Streitigkeiten, die einem Über-Unterordnungsverhältnis entspringen, mit der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausgetragen werden sollten. Dies folge schon daraus, daß auch für diese Fälle die ratio, die der Einführung des Vorverfahrens zugrundeliegt, zutreffe. Auch mit diesen Fällen sollten die Gerichte erst befaßt werden, wenn die Behörde vorher den Streitfall eingehend überprüft habe.²⁸⁵⁾ VAe im Sinne der VwGO seien also alle hoheitlichen Amtshandlungen, die den Verwaltungsgerichten zur Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit unterbreitet werden könnten.

In dieser Kontroverse, die noch als offen bezeichnet werden muß,²⁸⁶⁾ gilt es nun Stellung zu nehmen. Der Hinweis BETTERMANNs auf § 113, Abs. 4 VwGO legt wohl eine erweiternde Interpretation des § 42 VwGO nicht zwingend nahe. Die Wahl des Ausdruckes "Amtshandlung" in § 113, Abs. 4, S. 1 VwGO läßt sich sowohl aus sprachlichen Gründen erklären, nämlich zur Vermeidung einer Wiederholung des Wortes "Verwaltungsakt" im selben Satz, als auch aus historischen, nämlich zum Zwecke der Anknüpfung an die früheren Verwaltungsgerichtsgesetze.²⁸⁷⁾

282) NJW 1960, S. 649 ff.

283) Zust. Forsthoff, a.a.O., S. 496 f; abl. Ule, a.a.O., § 42, Anm. III, 4 a; Klinger, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, § 42, Anm. A 4; Koehler, a.a.O., § 42, Anm. B III, 3 c; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, 1961, § 42, Anm. 4 a; Obermayer, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 190, 192; Rupp, AöR Bd. 85 (1960), S. 149, 301 ff, 305; Schäfer, DVBl 1960, S. 837; vgl. ferner Urt. des VGH vom 20.10.1960, BayVBl 1961, S. 58 ff.

284) a.a.O., § 42, Rdnr. 14.

285) vgl. Lerche, DÖV 1954, S. 714.

286) Mörtel, a.a.O., S. 152; Menger, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 318.

287) vgl. §§ 35; 79 VGG; § 75 MRVO Nr. 165; § 15 VGG Rheinl. Pfalz; Schunck-De Clerck, a.a.O., § 113, Anm. 3 b aa.

Ein Gesetz kann eine rechtlich überzeugende Grundlage für eine erweiternde Interpretation in dem Willen nach Ausfüllung des Verhältnisses wie in dem weiteren Zitierten MÜLLER-Gesetz gegeben werden.²⁸⁸⁾ In der Praxis zum Sinne des Gesetzes. Das für Verwaltungshandlungen, die durch VAs bewirkt werden, einfaßte reichere Rechtsschutz in dem gegebenen, als in dem von Verwaltungsgerichts nicht möglich war, durch Rechtsmittelbehörden der Verwaltungsgerichts des 1. 70 VwGO und die Klagefrist des § 74 VwGO mit dem Ziel in Lauf zu setzen, die Verwaltungshandlung beendkräftig zu machen. Dieses Argument ist jedoch unbefriedigend, weil es ausschließlich auf den Gesetzgeber abzustellen ist, und in welchen Fällen ein Vorverfahren stattfinden soll, und nicht, wie ULE meint,²⁸⁹⁾ weil in diesen Fällen kein Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung des Verwaltungsrechtsschutzes besteht. Manzu kommt aber auch eine andere Überlegung: Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Verwaltungsgerichts, war zwar durch Art. 19, Abs. 4 GG nicht zwingend vorgeschrieben,²⁹⁰⁾ aber doch nahegelegt.²⁹¹⁾ So erfolgte etwa die endgültige Fassung von § 42, Abs. 2 VwGO - "in seinen Rechten verletzt" - im Hinblick auf diese Vorschrift.²⁹²⁾ Somit wird der Art. 19, Abs. 4 GG praktisch als Garantie der Verwaltungsgerichts, durch den Generalauslass aus.²⁹³⁾ Da aber der Rechtsschutz des Bürgergesetzes nicht immer sein darf als der durch Art. 19, Abs. 4 GG gewährte, führt die vorstehende Behauptung auf besser "verfassungsparallele" Interpretation der Generalauslassung, oder als Verstoß gegen den Art. 19, Abs. 4 GG Rechtsschutz gewährt, als VwGO, Sinne der VwGO anzusehen.²⁹⁴⁾

Diese Deduktion wäre nur dann nicht zwingend, wenn in diesen Fällen sonstiger öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten anstelle der Verfassungsfrage die allgemeine Leistungsklage gegeben wäre. Was nun diese vom Gesetzgeber vor allem zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Leistungen im öffentlichen Recht bestimmten Klageart betrifft.²⁹⁵⁾ Kann eine gewisse Erklärung, ja Verschwommenheit dieses Rechtsschutzes nicht überschrieben werden, insbesondere

288) VerwArch Bd 52 (1961), S. 318.

289) a.a.O., Vorbem. II vor § 42, S. 113; vgl. ferner Brück, NJW 1960, S. 2271 ff, 2273.

290) Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 57 bb.

291) vgl. die insoweit bei Eyermann-Fröhler, Vorbem. zu § 40, S. 117, abgedruckte amtliche Begründung, ferner a.a.O., § 40, Rdnr. 4.

292) Koehler, a.a.O., § 42, Anm. C I 5b, S. 297.

293) Dürig, a.a.O., § 19, Abs. 4, Rdnr. 7 a. E.; Ule, Verwaltungsprozessrecht, 3. A., 1963, S. 10.

294) Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 11 und 24 cc.

295) Koehler, a.a.O., Vorbem. vor §§ 42/43, Anm. V, 3, S. 239.

besteht keine Klarheit über die für diese Klage speziell notwendigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Fest steht nur, daß für diese Klage einerseits kein Vorverfahren erforderlich ist.²⁹⁶⁾ daß aber andererseits das für jede Prozeßhandlung erforderliche Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein muß.²⁹⁷⁾ Während aber für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage der Ausschluß der Popularklage durch § 42, Abs. 2 VwGO gewährleistet ist, fehlt eine entsprechende Vorschrift für die allgemeine Leistungsklage. Der entsprechende Effekt könnte für die allgemeine Leistungsklage nur entweder durch eine über § 173 VwGO zu erzielende Anwendung der für den Zivilprozeß entwickelten Grundsätze über das Prozeßführungsrecht,²⁹⁸⁾ oder aber durch eine analoge Anwendung von § 42, Abs. 2 VwGO erreicht werden. Diese Frage muß aber als bislang völlig offen bezeichnet werden. Diesen Unklarheiten entspricht die bemerkenswerte Zurückhaltung der Rechtsprechung,²⁹⁹⁾ gegenüber dieser Klageart, die sogar schon zu ihrer völligen Leugnung geführt hat.³⁰⁰⁾

Bis zu einer endgültigen Klärung und Anerkennung des Rechtsinstitutes der allgemeinen Leistungsklage durch die Rechtsprechung kann daher diese Klagemöglichkeit nicht als aktuell angesehen werden. Da es solange aber dem einzelnen nicht zugemutet werden kann, sein Recht mit einer möglicherweise vom Gericht nicht anerkannten Klageart zu verfolgen,³⁰¹⁾ kann im Hinblick auf die oben aufgezeigte Parallelität von Art. 19, Abs. 4 GG und verwaltungsgerichtlicher Generalklausel nur die erweiternde Interpretation des VA-Begriffs der VwGO zutreffen, die zu einer Überprüfung sämtlicher Hoheitsakte, gegen die Art. 19, Abs. 4 GG Rechtsschutz gewährt, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Ver-

296) vgl. § 68, Abs. 1, 2 VwGO.

297) Czermak, NJW 1962, S. 833 f. Sp. Kritisch zum Rechtsschutzbedürfnis als unbeschränkter Zulässigkeitsvoraussetzung insbesondere Pohle, Festschrift für Lent, 1957, S. 195 ff, und Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, S. 149 f.

298) vgl. Blomeyer, a.a.O., S. 204 ff.

299) Häufig wird aus dem Fehlen eines VAs ohne weiteres auf die Unzulässigkeit der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage oder gar auf die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges geschlossen, vgl. etwa das Urt. des BVerwGs vom 26.1.1961, NJW 1961, S. 1132, und dazu Czermak, NJW 1962, S. 832.

300) Urt. des VGH vom 20.10.1960, BayVBl 1961, S. 58 ff.

301) Hier ist eine Analogie zur Rspr. des BVerfGs zum Problem der "Erschöpfung des Rechtsweges" in § 90, Abs. 2, S. 1 BVerfGG geboten, vgl. Beschl. vom 3.12.1958, NJW 1959, S. 91. Danach ist eine Erschöpfung des Rechtsweges nicht zumutbar, wenn im Hinblick auf eine gefestigte und einheitliche höchst richterliche Rechtsprechung auch im konkreten Einzelfall kein von dieser Rechtsprechung abweichendes Ergebnis zu erwarten ist.

pfllichtungsklage führt. Mit der Verpflichtungsklage kann daher die Vornahme jeder "Amtshandlung" im Sinne des § 113. Abs. 4, S. 1 VwGO begehrt werden.

Diese ausdehnende Interpretation erlaubt im konkreten Fall der staatsanwaltschaftlichen Mitwirkungsakte an gemeindlicher Beratung z.B. diese Mitwirkungsakte, soweit wir ihnen überwiegenden VA-Charakter zugesprochen haben, prozessual wie VAs zu behandeln. Denn als "Amtshandlungen" im materiellrechtlichen Sinne können sie ohne weiteres angesehen werden. Was freilich die VZE anlangt, die wir als überwiegenden Rechtssetzungsakt qualifiziert haben, ist eine solche Einordnung nicht möglich. Hier stellt sich vielmehr die Frage nach Ausmaß und Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

2. FÜR DEN PROBLEMKREIS TYPISCHE STREITFÄLLE

a) Rechtsschutzbegehren von Dritten

Unter Dritten sollen in diesem Zusammenhang alle natürlichen und juristischen Personen mit Ausnahme der speziell betroffenen Gemeinde selbst verstanden werden. Denkbar ist hier sowohl der Fall, daß ein Dritter die erteilte Genehmigung usw. als rechtswidrig anfechten möchte, als auch der, daß er die Erteilung einer solchen Genehmigung erzwingen möchte, etwa weil er in der Inanspruchnahme eines Bbauungsplanes etc. ein eigenes Interesse hat. Eine Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage ist in diesen Fällen nun nicht etwa deshalb unzulässig, weil diese Akte diesem Dritten gegenüber eine andere Rechtsnatur als gegenüber der Gemeinde aufweisen, ihm gegenüber etwa Rechtssetzungsakte wären.³⁰²⁾ Denn die Figur eines "VAs nur gegenüber einem bestimmten Rechtssubjekt" ist, wie bereits ausgeführt,³⁰³⁾ unserem materiellen Verwaltungsrecht fremd. Aber auch prozessual lautet die Frage nicht: "Wem gegenüber ist ein VA erlassen worden?", sondern: "Ist ein VA erlassen (bzw. unterlassen) worden oder nicht, und wer darf ihn anfechten (bzw. Verpflichtungsklage erheben)?" Dabei ist unbestritten, daß keineswegs nicht nur der Adressat, sondern auch sonstige Betroffene Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage erheben können.³⁰⁴⁾ Die Unzulässigkeit solcher Klagen von Dritten in unserem Fall ergibt sich vielmehr aus § 42, Abs. 2 VwGO. Diese Vorschrift begnügt sich nämlich keineswegs mit einer bloß verbalen Rechtsverletzungsbehauptung, sondern es müssen Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden, die

302) Theorie der Doppelnatur, s. oben S. 3, 9, 28 ff.

303) vgl. oben S. 28/29.

304) Dörffler, NJW 1963, S. 14 ff; vgl. ferner Obermayer, JuS 1963, S. 110 f.

eine Verletzung von Rechten des Klägers zumindest möglich erscheinen lassen.³⁰⁵⁾ In sämtlichen besprochenen Fällen staatlicher Mitwirkung an kommunaler Rechtsetzung ist aber eine Verletzung der Rechte Dritter gerade durch Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung etc. nicht denkbar. So stellen etwa §§ 2, Abs. 9; 1, Abs. 2 BBauG ausdrücklich klar, daß niemand einen Rechtsanspruch auf Aufstellung, Änderung oder Aufhebung eines Bebauungsplanes haben kann. Um so weniger kann dann ein Dritter einen Anspruch auf Erteilung der für dessen Wirksamwerden erforderlichen Genehmigung haben, genau so wenig, wie ihn deren Erteilung in seinen Rechten verletzen kann. Derselbe Schluß läßt sich für alle sonstigen Fälle ziehen. Denn nirgends läßt sich der Anspruch eines Dritten auf Erlaß der betreffenden Rechtsnorm nachweisen.³⁰⁶⁾ Da ein Kläger folglich auch keine Tatsachenbehauptung aufstellen könnte, die eine Rechtsverletzung zumindest als denkbar erscheinen ließe, sind solche Klagen Dritter unzulässig, abgesehen davon, daß sie zwangsläufig immer unbegründet wären. Nur so wird der Zweck des § 42, Abs. 2 VwGO erreicht, nämlich der Ausschluß der Popularklage.³⁰⁷⁾

Damit ist der Dritte dort, wo es tatsächlich um seine Rechte geht, nicht rechtsschutzlos gelassen. Wird er durch eine von der Gemeinde erlassene Rechtsnorm mittelbar, etwa durch Zwischenschaltung eines belastenden VAs, beschwert, so bleibt es ihm unbenommen, diesen Akt mit den üblichen Rechtsbehelfen - Widerspruch und Anfechtungsklage - anzugreifen, was zu einer Inzidentprüfung der zugrundeliegenden Norm führt.³⁰⁸⁾ Darüber hinaus kann er in den Ländern, die von der Möglichkeit des § 47 VwGO Gebrauch gemacht haben,³⁰⁹⁾ im Wege der abstrakten Normenkontrolle gegebenenfalls die Ungültigkeit der betreffenden Norm allgemeingültig feststellen lassen. Verletzt die Norm Grundrechte eines Bürgers, so steht ihm sowohl die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93, Abs. 2 GG, §§ 90 ff; 93, Abs. 2 BVerfGG, als auch gegebenenfalls eine landesverfassungsrechtlich vorgesehene,³¹⁰⁾ Verfassungsbeschwerde zur Verfügung.³¹¹⁾

305) Urt. des BVerwGs vom 28.1.1959, DVBl 1959, S. 396; vom 13.1.1961, NJW 1961, S. 1129; dazu Bettermann, NJW 1961, S. 1097 f; Bruck, NJW 1960, S. 2271; Eyermann-Fröhler, § 42, Rdnr. 85; Koehler, a.a.O., § 42, C IV 1, S. 299; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. III, 1.

306) vgl. oben S. 34 f.

307) Eyermann-Fröhler, § 42, Rdnr. 85. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfüllt § 20, Abs. 1 FGG dieselbe Funktion; vgl. dazu Furtner, JZ 1961, S. 526 f, 529.

308) vgl. Franz Mayer, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 48 f.

309) vgl. die Zusammenstellung bei Ule, a.a.O., § 47, Anm. I a. E.; für Bayern vgl. die Art. 5; 10 AGVwGO.

310) vgl. Art. 98, S. 4 BV.

311) Zur Abgrenzung von verfassungsgerichtlicher und verwaltungsgewaltlicher Normenkontrolle im einzelnen vgl. Herzog, BayVBl 1961, S. 368 ff.

b) Rechtsschutzbegehren der betroffenen Gemeinde

Streitig konnte werden die Erteilung einer Satzungsgenehmigung, bzw. der VZE ihre Erteilung unter Änderungsaufträgen, als grundrechtlich verwertend gegenüber der bloße Untätigkeit der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Eine Anfechtung einer erteilten Genehmigung der VZE durch die Gemeinde scheitert schon ebenso wie die verwaltungsgerichtliche Überprüfung einer von der Gemeinde erlassenen Satzung oder Verordnung im Wege der Normenkontrolle am mangelnden Rechtsschutzbedürfnis.³¹²⁾ Denn die Gemeinde kann ja die anfechtet gewordene Rechtsnorm selbst wieder aufheben. Im Regelfall ist bloßen Satzungsänderung bedarf sie sogar grundsätzl. ... zur Aufhebung einer zugehörigkeitspflichtigen Satzung keiner Genehmigung, ausnahmsweise nur bei Aufhebung oder Aufhebung.³¹³⁾ Die Aufhebung von Verordnungen der Selbstverwaltungsorgane bedarf nach Art. 56, S. 1 LStVG sogar ausnahmslos keiner VZE, sollte die danach ausnahmsweise doch erforderliche Genehmigung einer aufhebenden oder abändernden Satzung bzw. die VZE einer abändernden Verordnung verweigert werden, dann ist die Gemeinde an der Aufhebung oder Abänderung dieser Rechtsnorm zwar faktisch gehindert. Das Problem liegt aber nicht anders als bei der Verweigerung staatlicher Mitwirkung an kommunaler Selbstsetzung auch sonst.

aa) Die Genehmigung von Satzungen

Wir haben uns bereits dafür entschieden, die Satzungen genehmigung, als überwiegend VA, auch prozessual als VA zu behandeln. Will eine Gemeinde also eine Satzungen genehmigung erzwingen, so stellt ihr hierfür die Verpflichtungsklage zur Verfügung. Für eine damit "kombinierte" oder gar für eine "isolierter" Anfechtungsklage gegen einen etwaigen ablehnenden Bescheid ist daneben kein Raum mehr.³¹⁴⁾

Der Verpflichtungsklage muß in dem Fall, das die Aufsichtsbehörde die Genehmigung ausdrücklich verweigert hat, das Widerspruchsverfahren vorangehen.³¹⁵⁾

312) Ule, a.a.O., Vorbem. III, 5 vor § 42, S. 130; Entsch. des VGH vom 31.7.1950, DÖV 1951, S. 27; Forsthoff, a.a.O., S. 512, 513.

313) Masson, Art. 25, Anm. 4; Helmreich-Widtmann, Art. 25, Anm. 2; Hölzl, Art. 25, Anm. 2 d; Beschl. des VGH vom 18.8.1959, VGH n. F. Bd. 12, 61; Urt. vom 9.11.1960, VerwRspr 13, N. 852; Gönnerwein, a.a.O., S. 157; Salzwedel, a.a.O., S. 214.

314) Czermak, NJW 1962, S. 776 ff.

315) vgl. §§ 68 - 73 VwGO.

Erst wenn dieses erfolglos geblieben ist, kann die Gemeinde Verpflichtungsklage in der Form der Versagungsgegenklage erheben.³¹⁶⁾

Hat überhaupt kein Vorverfahren stattgefunden, weil die Aufsichtsbehörde den Antrag auf Erteilung der Genehmigung nicht ausdrücklich abgelehnt hatte, oder ist über einen Widerspruch ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden, so ist nach § 75, S. 1 VwGO die Klage abweichend von § 68 VwGO auch ohne durchgeführtes Vorverfahren als Untätigkeitsklage zulässig.³¹⁷⁾

Auch die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung, nämlich die Behauptung der Verletzung eigener Rechte nach § 42, Abs. 2 VwGO, ist für den Fall der Klage auf Erteilung einer Satzungsgenehmigung nicht problematisch. Haben unsere Erörterungen doch ergeben, daß die Gemeinde auf Erteilung der Genehmigung einer Satzung des eigenen Wirkungskreises bei Rechtmäßigkeit ohne weiteres, einer Satzung des übertragenen Wirkungskreises immer noch unter den engeren Voraussetzungen des Art. 109, Abs. 2, S. 2 GO einen Rechtsanspruch hat. Außerdem müßte in der rechtswidrigen Verweigerung der Genehmigung einer solchen Satzung auch eine Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes gesehen werden.³¹⁸⁾ Eine Rechtsverletzung ist also jedenfalls denkbar.

Auch die Genehmigung der Haushaltsatzung nach Art. 93 GO haben wir, obwohl im Ermessen der Aufsichtsbehörde stehend, noch als überwiegenden VA qualifiziert. Rechtswidrig ist die Ablehnung der Genehmigung in diesem Falle freilich nur, wenn die Aufsichtsbehörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat. Auf die zu erhebende Verpflichtungsklage in der Form der Bescheidungsklage,³¹⁹⁾ ergeht dann eine Entscheidung gemäß § 114 VwGO (Bescheidungsurteil).

316) Zum Begriff und zur Terminologie s. Obermayer, Mang-Maunz-Mayer Obermayer, S. 192.

317) vgl. Bettermann, NJW 1960, S. 1081 ff; Obermayer, a.a.O., S. 193.

318) vgl. oben S. 43 ff, 46 ff.

319) So Bettermann, NJW 1960, S. 649; Eyermann-Fröhler, § 42, Rdnr. 10, a. E.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, III, 3; Koehler, § 113, F IV, 2b; Klinger, § 42, D 1; a. A. insbes. Pfeifer, DÖV 1962, S. 776 ff (für Anfechtungsklage).

bb) Die VZE

Da sie überwiegend den Charakter einer Rechtschutzpraxis hat, stellt sie eine Verpflichtungsklage, oder als Vorweggenommene Klage, oder als Unterlassungsklage aus. In Betracht käme lediglich eine "Normenkontrollklage", was in Analogie zu der Klage nach § 47 VwGO wie die MASSON immerhin für denkbar gilt.³²⁰ Aus der Systematik der VwGO, insbesondere einer Gegenüberstellung der §§ 42 und 47 ergibt sich aber wohl eindeutig, daß der Beschwerdeführer eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme eines Rechtserlasses oder einer weisungswürdigen weisung, wie eine Klage auf Unterlassung der Vornahme eines Rechtserlasses will. Da eine solche Klage auch stets unbegründet sein muß,³²¹ wäre ihre Zulassung auch ganz sinnlos.³²² Eine derart "vorweggenommene" Normenkontrollklage ist also schlechthin unzulässig.³²³ Dafür spricht auch noch folgende Überlegung: Überwiegend wird die Zulässigkeit vorbezüglicher Feststellungs- und Unterlassungsklagen zur Abwehr erst zukünftigen Verwaltungshandeln geltend angelehnt, wenn eine solches vorweggenommenes Eingreifen der Dritten Gewalt in den Bereich der Exekutive gegen die Substanz der Gewaltentrennung verstoßen würde.³²⁴ Dann muß im Hinblick auf die im Grundgesetz verankerte Überordnung der Legislative über die Exekutive,³²⁵ eine vorweggenommene Normenkontrolle erst recht am Grundsatz der Gewaltentrennung scheitern.

Fraglich konnte nur noch sein, ob nicht doch im Hinblick auf Art. 19, Abs. 4 GG und die mit Rücksicht auf diese Vorschrift ausstehende Generalklausel verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zu gewahren ist. Das Problem ergibt sich freilich nur dann, wenn unter "öffentlicher Gewalt" im Sinne des Art. 19, Abs. 4 GG auch Rechtssetzungsakte zu verstehen sind. Diese schwierige und äußerst bestrittene Frage,³²⁶ kann hier aber dahingestellt bleiben. Denn da der Gemeinde niemals ein Rechtsanspruch auf Erteilung der VZE zusteht, die Aufsichtsbehörde diese viel-

320) BayVBl 1960, S. 290.

321) Selbst in den Ausnahmefällen, in denen ein Unterlassen des Gesetzgebers Grundrechte verletzt, ist nur eine verfassungsgerichtliche Feststellung möglich, vgl. oben S. 34 f.

322) vgl. dazu Menger, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 413 u.

323) Mortel, BayVBl 1960, S. 236 ff; Beschl. des BVerwGs vom 4.4.1963, BayVBl 1963, S. 250 f.

324) vgl. oben S. 40 f, Lerner Hoffmann, BayVBl 1962, S. 72 ff. 100 ff; aber auch Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 675 ff.

325) vgl. oben S. 34, bei Anm. 175).

326) vgl. die Zusammenstellungen bei Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 18; Hamann, a.a.O., Art. 19, Anm. B 14, S. 200.

nicht nach eigenem gesetzgeberischen Ermessen aussprechen oder verweigern kann, kann eine Nichterteilung der VZE auch keine eigenen Rechte der Gemeinde im Sinne dieser Vorschrift verletzen.³²⁷⁾ Auch eine Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes scheidet aus. Denn die Gewährleistung dieses Rechts auch im übertragenen Wirkungskreis durch die Art. 1; 109, Abs. 2, S. 2 GO,³²⁸⁾ ist im Bereich des gemeindlichen Ordnungsrechts durch die Sonderregelung der Art. 52 ff LStVG ausgeschaltet.³²⁹⁾

Art. 19, Abs. 4 GG eröffnet also einer Gemeinde, die die Erteilung einer VZE zu einer von ihr geplanten Verordnung erzwingen möchte, weder einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg, noch den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Unbenommen bleibt es ihr freilich, Gegenvorstellungen bei der Aufsichtsbehörde zu erheben,³³⁰⁾ oder sich mit der Aufsichtsbeschwerde an die höhere Aufsichtsbehörde, das Staatsministerium des Inneren, zu wenden.³³¹⁾

327) Dürig, a.a.O., Art. 19, Abs. 4, Rdnr. 38.

328) vgl. oben S. 47.

329) vgl. dazu oben S. 50, bei Anm. 254).

330) vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 478.

331) König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, S. 193.

L E B E N S L A U F

Am 20.4.1937 wurde ich in München als Sohn des (späteren) Polizeinspektors Georg Huther und seiner Ehefrau Josephine, geb. Seidl, geboren.

Nach dem Besuch der ersten vier Klassen der Volksschule trat ich in die damalige Damenstift-, jetzige Ludwigsoberrealschule in München ein. Dort legte ich im Sommer 1956 die Reifeprüfung ab.

Anschließend leistete ich eine dreijährige freiwillige Dienstzeit als Offizier auf Zeit bei der Bundeswehr ab. (Waffengattung: Panzergrenadiere). Nach meiner Beförderung zum Leutnant mit Urkunde am 24. Januar 1961 diente ich als Zugführer in verschiedenen Bataillonen, u.a. in Koblenz, Bogen, Deggendorf und Ellwangen.

Vom Wintersemester 1959/60 an studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München und bestand am 16.7.1963 die erste juristische Staatsprüfung. Seit September 1963 bin ich Rechtsreferendar am OLG-Bezirk München.

